

ARNOLDI VINNII J.C.

DE

PACTIS TRACTATUS,

EDENTE

SIMONE VINNIO A.F.

Philologo.



LUGD. BATAVOR.

Ex Officinâ Elzeviriorum.

CIƆ IƆ C XLVI.



Nobilißimis & Amplißimis

DOMINIS

Almæ Academiæ Lugduno-Batavæ

CURATORIBUS,

Eorumque Collegis Vrbis inclytæ

CONSULIBUS;

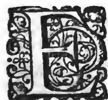
NEC NON

Magnifico & Consultißimo Viro,

D. IOANNI à WEVELINCKHOVEN I. C.

Vrbis Syndico, & DD. Curatoribus à Secretis.

Nobilißimi, Amplißimi, & Magnifici Domini,



ETsi patri meo parum animi fuit ad edendum, quem dudum de pactis conscripserat tractatum, eumque certas ob causas supprimere maluit, quam vulgare: tamen cum intelligeret mi-

rari nonnullos, cur tanto tempore non prodiisset in lucem, quod propediem se emissurum jam ante annos aliquot scripto publico promisisset, audiretque insuper varios de ea re sermones haberi, non sine sugillatione existimationis suæ, quasi in certamine cum illis novarum opinionum monstris, quæ profligaturum se jactaverat, animo succubuisset; tandem ut fidem liberaret, ostenderetque nullo se metu debilitatum fractumve opus destituisse, mihi illius tractatus recensendi edendique copiam fecit, eo quod ipse aliis occupationibus & gravioribus districtus vacare huic negotio nequibat. Hoc cum ego quasi imperasset accepissem, statim schedas patris lituris plenas, relectas atque emaculatas in mundum redegi, atque ut hoc opus typis quam emendatissime excuderetur, diligenter

genter curavi. Adjeci etiam, quò comitatius exiret, singulorum capitum breves summas, & rerum & verborum copiosum indicem. Multum in hoc opere ut in disputatione Academica & magnam partem θεωρητικῇ pater meus usus est auctoritate τῶν Βασιλικῶν, & Græcorum Iurisconsultorum, Theophili, Constantini, Michaëlis Attaliatæ, & aliorum, quorum nomina vulgo ignota. Horum ego verba cum iis, quæ pater transcripsit, bona fide contuli; aliosque locos omnes, quos vel ex corpore juris, vel ex scriptis interpretum produxit, patre viam commonstrante, revisitavi. Quoniam autem officii mei est, certe esse putavi, testatam, quantum in me est, facere & observantiam & gratitudinem meam erga eos, qui patri meo benefaciunt, eumque singulari

favore ac benevolentia ſemper ſunt proſecuti, arripui hanc occaſionem, quæ mihi facultatem ſuppeditabat etiam ſymbolo aliquo id ipſum palam ac publice teſtificandi. Hoc itaque animi propoſito vobis, Nobiliſſimi & Ampliſſimi Domini, haſce parentis mei curas, ſic ut diximus, à nobis inſtructas & conveſtitas hic offero nuncupoque, ſubmiſſe etiam atque etiam rogans, uti ne hoc, quicquid eſt, muneris à nobis accipere gravemini. Hoc idem & pater meus obnixe rogat, & non ingratum vobis fore confidit. Me certe de eo bene ſperare jubet, cum eximia veſtra humanitas, tum tenella ætas mea, annum plenæ pubertatis vixdum egreſſa, per quam fit, ut ſtudium atque officium meum alio vobis argumento in præſens probare nequeam. Deum Op-
timum

timum Maximum precor & veneror, ut vos, Nobilissimi atque Amplissimi Viri, & communi omnium & proprio hujus Academiæ nostræ bono quam diutissime incolumes atque florentes conservet. Lugduni Batavorum ex Museo nostro IV. Idus Majas cIↄ Iↄ C XLVI.

N. & A. V.

Addictissimus

SIMON VINNIUS.

Ad Amplissimum, Consultissimumq; Virum

DOMINUM

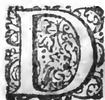
ARNOLDUM VINNIUM,

cum librum

DE PACTIS

ederet, procurante, ac maturante editionem

SIMONE VINNIO, FILIO.



UM Batavæ Gentis miracula suspicit Orbis,
Inque sinu minimo seque, suumque, capi:
Monstra cano: totum Iuris complecteris orbem,
Immensosque sinus mens spatiosa colis.
Et Themidis vultum meliori lumine stringis:
Et satis in scena Virginis unus eras:
Dum nova Pactorum *de te spectacula surgunt,*
Quæque tibi pactos credo fuisse Deos.
Et tamen hæc forsan fuerant caligine pressa;
Nec fuerant scriptis digna theatra tuis.
Ni Themis ipsa Themin, ni Pallada Pallas amasset,
Et Batavos nollet publica damna pati.
Ni quoque Vinniades, *qui spes Patriæque, Patrisq;*
In lucem Patrium progenuisset opus.
Scribite Scriptores. Nobis pro millibus unus
Vinnius, *& lectus non magis unus erit.*

Ex tempore scripsit

ANDREAS DU PRE.



SYLLABVS CAPITVM.

VI.

De vi nudarum conventionum.

VII.

Aliarum gentium, & hodie moribus nostris, & Canonum jure ex nuda conventione actionem dari.

VIII.

De conventionibus non nudis, quæ vulgò pacta vestita.

IX.

De pactis in continenti contractibus adjectis.

X.

An pacta in continenti adjecta contractibus stricti juris ex parte actoris similiter insint, ut bonæ fidei judiciis.

XI.

Quænam actio detur ad petendum id, quod pacto in bonæ fidei contractu interposito cautum.

XII. *De*

XX. *De*

XX.

De pactorum cæterarumque conventionum interpretatione.

XXI.

De effectu & potestate pactorum.



ARN.



ARN. VINNII

TRACTATUS

DE

PACTIS.

CAP. I.

Quid pactum, pactio, conventio, pactum conventum.

1. *Pacti & pactionis definitio.*
2. *Pactum & pactio idem. & N°. 5.*
3. *Pactum generali significatione idem, quod conventio. & N°. 7.*
4. *Actu plus est in specie, quam in genere: genus, symbolum communis specierum essentiæ.*
6. *Generali appellatione pacti etiam contractus nominatos contineri.*
8. *Prætorem edicto de pactis edicere de conventionibus omnibus.*

9. *Pacta conventa quomodo prætor servet.*
10. *Cur in definitione mentio fiat duorum aut plurium.*
11. *Quid sit illud* in idem.
12. *Pactum speciali significatione passim pro pacto nudo.*
13. *Pactum conventum, nihil aliud quam pactum per sepositum.*
14. *Pactum conventum proprie non est pactum ἔγγραφον.*
15. *Quod nostris pactum conventum dicitur, Græci Iurisconsulti reddiderunt σύμφωνον simpliciter.*
16. *Si quando pactum, aut pactum conventum pro instrumento pacti usurpatur, tropica locutio est, non propria.*

1. PACTVM sive pactio est duorum vel plurium in idem placitum & consensus. *Placitum & consensus.* Constant. Harmenop. *lib. 1. tit. 9. c. 1.* ἀρέσκεια καὶ συγκατάθεσις, *Synops. Attaliata tit. 6.* ἀρέσκεια καὶ συναίνεσις. In Pandectis Florentinis legitur, *in idem placitum consensus.* Cæterum parum refert, utro modo legas. Ita definitur

nitur pactio ab Ulpiano in *l.* 1. *§.* 2. *hoc tit.* & eodem modo ab eodem auctore pactum in *l.* 3. *de pollicit.*

2. Unde apparet utrumque idem esse, atque æquè late vocis utriusque significationem patere, contra quam existimat Duarenus ad *d. l.* 1. *§.* 2. *hoc tit.* In una *l. jurisgentium.* 7. *§. sed cum nulla.* 4. *& aliquot §§. seqq. eod.* plus sexies promiscuè pacti & pactionis verbo idem Ulpianus utitur. Sunt qui putant pactum proprie dici jus, quod ex pacto existit, sive obligationem ex actu paciscendi natam: sed sine ulla auctoritate, ullave vel in speciem probabili ratione. Nam in *l.* 1. *§.* 1. *eod.* tantum grammatica quædam affertur deductio.

3. Sed & pactum generali significatione non minus late patet, quam nomen conventionis, & contractus quoque omnes continet; quod & ipsum definitio pacti evidenter ostendit Etenim si contractus quoque omnis est duorum vel plurium in idem consensus, necessariò unum ex his tribus sequitur, ut aut contractus idem sit, quod pactum, aut genus pacti, aut pacti species; atqui nec idem est, quod pactum,

nec genus pacti, ac de eo inter omnes convenit: neceſſe igitur eſt pacti eſſe ſpeciem.

4. Nihil officit, quod plus eſt in contractu, quam in pacto generaliter ſumpto: nam ſemper actu plus eſt in ſpecie, quam in genere. Quippe genus non eſt particeps differentiarum, οὐ μετέχει τῶν διαφορῶν, ut docet Ariſtoteles *Philoſ. 7. 12.* & ut Porphyrius *c. 3.* διαφορά ἐστιν, ᾗ περιττεύει τὸ εἶδος τοῦ γένους. & mox, γένος δυνάμει μὲν πάσας ἔχει τὰς ὑφ᾽ αὑτὸ διαφοράς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίαν. Id eſt, *genus quidem potentia omnes habet differentias, quæ ſub ipſo ſunt, actu vero nullas.* Etſi autem tota eſſentia ſpeciei non eſt in genere: tota tamen generis eſſentia æqualiter ineſt in ſingulis ſpeciebus; ſemperque genus, ut latius patens, de ſpecie ſua prædicatur, & non convertitur. Ut ecce, homo eſt amplius quid, quam animal ſeu corpus animatum ſentiens; omnis tamen homo eſt animal: è converſo verò non omne animal eſt homo. Similiter contractus eſt aliquid amplius, quam pactum in genere ſumptum, ſeu duorum vel plurium in idem placitum: omnis tamen contractus eſt pactum

pactum sive plurium in idem placitum. At vero ex contrario non omne pactum est contractus: verbi causa pactiones ad liberandum comparatæ, placita de contrahendo, puta emendo, permutando, &c. conventiones legitimæ, nec non negotio alicui adjectæ, licet sint pacta, contractus tamen non sunt. Unde Græci Jurisconsulti pactum, quod *σύμφωνον* vocant, fieri dicunt *ἐπὶ τῷ συστῆσαι, ἢ διαλυθῆσαι*, ad contrahendum vel distrahendum: contractum verò *ἐπὶ τὸ συνίστασθαι ἐνοχὴν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον*, ad constituendam obligationem, & alterum alteri reddendum obnoxium.

5. Hoc quod dicimus, verum esse manifestè quoque arguunt hi loci, *l. si domus 8. l. solent. 15. de præscript. verb. l. legem. 10. C. hoc tit.* ubi inter pactum nudum & non nudum hæc distinctio ponitur, quod illud actionem non pariat, ex hoc autem nascatur actio præscriptis verbis. item *l. 6. C. de jur. dot.* in cujus specie matris pactum dicitur actionem præscriptis verbis constituere. Constat autem inter omnes actionem præscriptis verbis non dari, nisi *ἐκ συναλλάγματος*, ex contractu,

 d. l.

d. l. 7. §. 2. hoc tit. & pass. *tit de præscr. verb.*

6. Adhæc non modo contractus innominatos, verum etiam certo nomine ac forma distinctos generali pacti appellatione contineri apparet ex *l. duo. 71. pro soc.* quo loco contractum de societate habitum palam est nominari pactum conventum societatis; & mox iterum pactum conventum de societate. Idem quoq; evincitur ex eo, quod in *l. si unus. 27. §. 2. vers. idem dicemus. hoc tit.* Paulus scribit, consensu contractam obligationem, & re integra contrario pacto sublatam, veluti empti, novissimo pacto non resuscitari; sed id pactum proficere ad novum contractum. Quid enim hoc aliud est, quam si dixisset, posterius pactum novum esse contractum, novam emptionem? Sanè sic idem ille hoc explicat *l. pacta conventa. 72. pr. vers. an idem. de contr. empt.* Item ex *l. traditionibus. 20. C. hoc tit.* ubi cum traditio opponatur cuilibet conventioni & pacto nudo à traditione, etiam contractibus nominatis opponitur, veluti emptioni & venditioni; ac proinde illic appellatione pactorum certum est etiam contractus no-

nominatos intelligi. *fac. §. 3. Inſt. de empt.* Denique cum uſusfructus & ſervitutes prædiorum dicuntur conſtitui pactionibus & ſtipulationibus, *§. 1. Inſt. de uſufr. §. ult. Inſt. de ſerv. præd.* per pactiones neceſſe eſt, ut intelligamus contractus quoſlibet juris gentium comparatos ad dominium aut jus aliquod in rem transferendum. Ex his facile occurri jam poterit objectionibus Borcholti *c. 1. de pact. n. 6. & ſeqq.* nec non eorum quoque errori, qui aſſerunt in uſu juris noſtri non tantum pactum, pactionem, conventionem, ſed etiam contractum pro eadem re ſumi, nihilque intereſſe, contraxiſſe aliqui dicantur, an pacti eſſe vel conveniſſe: hoc enim non minus abſurdum eſt, quam ſi quis dicat, idem ſignificare genus & ſpeciem, animal & hominem: pactio enim & conventio nomina ſunt generis, contractus nomen ſpeciei. Itaque etſi qui contraxerunt, etiam pacti eſſe & conveniſſe rectè dicuntur, quod ſolum probant: tamen ex converſo non omnes, qui dicuntur pacti, dici poſſunt iniſſe contractum, ut non multò ante demonſtratum eſt, & plenius demonſtrabitur inferius.

Venditant illi quidem opinionem suam etiam pro communi interpretum sententia: sed falsò; ac ne unum quidem reperiri credimus, qui idem asserat, aut qui neget, quod illi negant, ea quę sub diversis vocibus idem significant, esse synonyma aut *ἰσοδυναμοῦντα*.

7. In edicto prætor conjunxit hæc duo, *pacta conventa. d. l. 7. §. ait prætor. ff. hoc tit.* Ulpianus interpres edicti definivit pactionem & conventionem, quæ verba in edicto non sunt: quod & ipsum certum argumentum est, pactionem, pactum, conventionem, conventum idem valere & declarare; quemadmodum etiam convenire & pacisci plerumque pro eodem dicimus. Sic promissum & promissio, præceptum & præceptio, jussus & jussio, inventum & inventio; & sexcenta hujuscemodi idem valent & significant: estque in hisce omnibus eadem analogia & ratio. Sed hîc quæret aliquis cum D. Cujacio, cur si pacti aut pactionis nomen æquè generale sit, atque conventionis, Ulpianus in *l. 1. §. 3. ff. hoc tit.* tantum de verbo conventionis dicat, generale id esse? Respondeo perperam ex eo colligi pactionis aut

aut pacti verbum generale non esse: nam ex definitione, quæ præcedit, satis intelligitur hoc verbum generale esse: sed Jurisconsultus docere voluit etiam conventionis verbum generale esse, de quo prima fronte dubitari poterat propter verbi originem, quod non videtur pertinere ad eos, qui de negotio transigunt; quorum consensus & factum discessio potius, quam conventio videri potest, ut bene Donell. *ad Rubr. C. hoc tit. n. 10.*

8. At dices, huic sententiæ consequens est, prætorem hoc edicto etiam de contractibus edicere: quod tamen & alienum esse videtur a sententia prætoris, qui pollicetur se pacta conventa servaturum, cum contractus satis jure valeant sine tuitione prætoris; & ἄτοπον, argumento collocationis edicti: quippe quod non aliam ob caussam positum sit inter ea, quæ judicium antecedunt, quam quia pacta ad litem remorandam pertinent: sola autem eò pertineant pacta, quibus id agitur, ne petatur. Hinc denique esse, quod post edictum propositum omnis ferè hoc titulo tractatio Iurisconsultorum fit de iis pactis, quibus quid remittitur;

quamquam subinde alia miscentur. Ita disputat Duarenus *comment. ad l.1. ff. hoc tit. & lib. 2. disput. c. 8.* Respondeo, hoc edicto edicens prætor, de pactis conventis, edicere intelligitur de conventionibus omnibus, ac proinde etiam de contractibus, *arg. d. l. 1. §. 3. l. 7. pr. §. 1. & 2. eod.* quod quidem videri poterat huic loco minus convenire, si hoc solum prætor polliceretur se pacta conventa servaturum: nunc autem excipit ea, quæ dolo malo & contra leges facta sunt; quod est ejusmodi, ut de contractibus fere solis statui necesse fuerit. Nam cum nudæ conventiones actionem non pariant, adversus has reus satis munitus est ipso jure. Porro illa exceptio doli aliave defensio, qua repellitur ex contractu agens, æque ad moram judicio afferendam & tuendum reum pertinet, atq; illa, quæ datur ex pacto convento de non petendo. Quod si vera esset sententia Duareni, non hoc efficeretur, contractus non esse pacta; sed illud potius, non alia esse pacta, quam quibus paciscimur, ne petatur, ut recte Baro *ad l. 7. §. quin imo. ff. hoc. tit.*

9. Ergo, inquis, verba hæc prætoris,

pacta

pacta conventa servabo, sic interpretaris, data aut actione, aut exceptione, prout hac aut illa ad servandum pactum opus erit? Quid ni verò? Sic enim & alibi prætor dicitur tueri adjudicationes, exceptiones aut actiones dando. *l. inter coheredes. 44. §. 1. fam. ercisc.* Contractus igitur servat prætor dando actionem: nam & actiones civiles solent prætores edictis monitoriis proponere, & dare petentibus. *l. 1. ff. commod.* Servat conventiones alias seu pacta nuda, siquidem ad liberandum comparata sunt, dando exceptionem: si verò ad obligandum, non aliter actionem dat, quam si specialiter jure civili aut honorario confirmata sint, aut contractibus bonæ fidei in continenti adjecta. *l. 6. l. 7. §. quinimo. l. si tibi. 17. §. 2. ff. hoc tit. l. 1. ff. de pecun. constit.* Etenim verba prætoris cum hac moderatione accipienda sunt, *Quod ejus per leges &c. licebit. arg. l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. maj.* Si vero dolo malo, adversus leges, aut bonos mores conventio facta fuerit, eam neutro tuetur modo. Illud non magni ponderis est, quo tamen nonnullos in contrarium moveri video, quod in jure nostro

ſtro plerumque pacta contractibus opponuntur, atque identidem negatur ex pacto obligationem aut actionem nasci: nam tunc pacti verbum in ſpecie ſumitur pro pacto nudo, quomodo & paſſim abſolutè poſitum à veteribus accipitur. *d. l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit. l. 10. C. eod. l. ſolent. 15. ff. de præſcr. verb. l. 1. C. de pact. conv. tam ſup. dot.* Non enim novum eſt, ut idem verbum & generis nomen ſit, & ſpeciei, quod nomina adoptionis, cognationis, notionis &c. ſatis probant.

10. Quod in definitione mentio fit duorum aut plurium, hoc eo pertinet, ut hinc removeantur ultimæ voluntates, & itidem vota ac pollicitationes, in quibus unius tantum vel teſtantis voluntas, vel voventis aut offerentis promiſſum ſpectatur. *l. 12. in fin. de legat. 1. l. 2. l. 3. de pollic.* Intelligo autem pollicitationem proprie dictam, id eſt, quæ fit reipub. Nam id nomen interdum etiam pro promiſſione ſtipulanti facta, & pro pacto convento accipitur. *l. ea quæ. 43. §. 1. de contr. empt. l. 1. §. pen. de dot. coll. l. 6. C. de dot. prom. l. 5. C. de contr. ſtip.* Votum autem eſt pollicitatio Deo facta. *c. 6. & 7. ext. de*

vot.

vot. Cicero definit sponsionem, qua Deo obligamur.

11. *In idem* valet in eandem rem, quę recipitur, id est, in hoc, ut aliquid fiat negotii vel contrahendi vel dirimendi causa: nam ad materiam subjectam unumquodque referri debet. Neque enim verbi gratia, si duo jurisperiti, de aliqua juris quæstione consulti, idem responderint, talis consensus pactio aut pactum rectè appellabitur. Græci expresse addiderunt, ἐπὶ τῆς συστῆσαι ἤγουν γενέσθαι, ἢ διαλυθῆναί τι.

12. Effectum igitur hactenus est verba hæc, *pactum*, *pactio*, *conventum*, *conventio*, vi sua generalia esse, ejusdemque omnia significationis. Cæterum, ut ante quoque dictum est, pacti nomen etiam specialem significationem habet, & à veteribus passim pro forma pacti, quod alias cum adjuncto nudum dicitur, usurpari solet: atque hoc etiam usu venit, cum duo hæc conjunguntur, *pactum conventum*. *l. 7. §. quinimo. l. si unus. 27. in fin. hoc tit. l. pacta conventa. 72. de contr. empt. l. 4. l. ult. de pignor. cum similib.*

13. Atque ego quidem existimo idem planè esse pactum conventum, quod

quod pactum per se positum, nullaque in re alterum ab altero differre. Duo hæc substantiva, *pactum conventum*, junguntur plerumque ἀσυνδέτως, ut & alia quædam, veluti *æquum bonum*, *purum putum*, *sarta tecta*; idque fit rei magis explicandæ gratiâ κατ' ἐξοχὴν αὐτοῦ. Aliquando etiam *pacta & conventa* veteres dicebant. Cicero in illa pro *Cæcinn. Quæ judicia, aut stipulationis, aut pacti & conventi formula non infirmari aut infringi potest, si ad verba rem deflectere velimus?* Juvenalis *satyr. 6.*

Conventum tamen & pactum, & sponsalia nostrâ
Tempestate paras.

Ubi non satis peritè Britannicus *conventum* interpretatur cœtum & multitudinem hominum. Seneca 3. *de benefic. Vtinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret, nec pacta conventaque impressis signis custodirentur.* & apud Paulum *lib. 1. recept. sentent.* titulus primus inscribitur *de pactis & conventis.* Reipsa autem nihil interest, utrumque, an alterum solummodo exprimatur.

14. Claudius Salmasius, seculi decus, putat pactum conventum veteribus

bus propriè esse id pactum, quod scriptura interveniente factum est, magistrisque juris omnibus exprobat hujus rei ignorantiam, *lib. de mod. usur. c. 12.* Ego vero non unam habere mihi rationem videor, cur hoc doctissimo viro concedere non debeam, atque existimem injustè interpretes nostros ab eo reprehendi. Utar eadem libertate adversus summum virum, qua ille usus est adversus alios: nec abnuo, quin ille ipse mihi judex in hac causa detur. Primum illud satis constat, minimè quadrare in propriam significationem verbi *conventum*, ut id accipiatur pro scripto aut conventionis instrumento. Deinde cum in edicto prætor ait se pacta conventa servaturum, non magis hoc ad pacta scripta pertinet, quam ad cætera: quemadmodum nec illud, quod dici solet, pacta conventa in continenti adjecta inesse bonæ fidei judiciis. *l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit.* Pacti conventi exceptio nostris non est exceptio pacti scripti, sed pacti cujuslibet seu justæ conventionis, uti & passim promiscuè hæc nostri usurpant. Si quis mihi veterum scripta in hunc titulum percurrere voluerit, reperiet centies

hæc nomina, *pactum*, & *pactum conventum*, confundi atque pro eadem re sumi. Qui titulus in Pandectis inscribitur *de pactis dotalibus*, in Codice inscriptus est *de pactis conventis tam super dote*, &c. certum autem est utrumque titulum pertinere tam ad pacta dotalia ἄγραφα, quam ad ἔγγραφα: nec ulla est in toto illo titulo Codicis constitutio, in qua hæc duo, *pactum conventum*, juncta invenias; sed mentio tantum fit legis aut pacti dotis dationi adjecti, dotalive instrumento interpositi.

Quinimo ipsa illa *l. 4. ff. de pignorib.* qua D. Salmasius utitur ad opinionis suæ confirmationem, eam perspicue evertit, aut ego vehementer fallor. *Contrahitur*, inquit Gajus, *hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ. Nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est & in his obligationibus, quæ consensu contrahuntur: & ideo & sine scriptura, si convenit, ut hypotheca sit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt.* Non ait Jurisconsultus hypothecam contrahi per pactum conventum, cum quis scriptura interveniente

veniente paciſcitur, ſed generaliter, cum quis paciſcitur; ac proinde etiam cum paciſcitur ἀγράφως. Et quia per pactum conventum hypotheca contrahitur, ait nihil intereſſe, quibus verbis fiat, & poſſe etiam ſine ſcriptura fieri, ac prorſus ita contrahi, ut contrahuntur obligationes nudi conſenſus, in quibus, ut ſuſtantiam capiat obligatio, ſufficit conſenſum quomodocunque declarari. *l. 2. ff. de oblig. & act.* Ex hoc igitur loco Gaii non illud evincitur, quod contendit D. Salmaſius, pactum conventum eſſe, quod ſcripto conſignatum eſt, ſed quod nos aſſerimus, pactum conventum Gajo idem eſſe, quod pactum ſimpliciter ſive nudam conventionem; *fac. l. 1. ff. de pign. act. §. item Serviana. 7. in fin. Inſt. de action.* Quod ſi per pactum conventum intelligeret σύμφωνον γεγραμμένον, falſa eſſet collectio Juriſconſulti, ſibique ipſe contradiceret.

15. Sed neque Græci Juriſconſulti, quod pactum conventum noſtris dicitur, reddiderunt γραμματεῖον, ut idem vir illuſtris exiſtimat; verum σύμφωνον ſimpliciter. Titulo Codicis *de pactis conventis tam ſuper dote*, &c. reſpondet

det titulus apud Constantinum περὶ γαμικῶν συμφώνων. & in Basilicis περὶ προικὸς, καὶ τῆς περὶ αὐτὴν πάκτων ἤτοι συμφώνων. Constantinus autem cum hypothecam hoc modo definit; ὑποθήκη μέν ἐστι τὸ παρὰ χρεώστῃ μένον τοῦ χρεώστου· ὑποτιθέμενον δὲ τῷ δανειστῇ εἰς τὸ γραμματεῖον, ἕνεκεν τῆς τοῦ χρέους ἱκανώσεως, non interpretatur locum aut verba Gaji in *l. 4. ff. de pign. & hypoth.* sed exprimit sententiam Ulpiani in *l. 9. §. 2. ff. de pign. act.* ubi Jurisconsultus inter pignus & hypothecam hoc ait interesse, quod pignus propriè dicitur, quod ad creditorem transit; hypotheca cum non transit nec possessio ad creditorem: idque ita esse patet ex eo, quod mox apud Constantinum sequitur, ἐνέχυρον δὲ, τὸ ἐν χερσὶ διδόμενον τῷ δανειστῇ. *Pignus autem est, quod creditori in manus traditur.* Idem alibi, κυρίως ἐνέχυρον λέγεται, τὸ παραδοθὲν τῷ δανειστῇ· τὸ δὲ μὴ παραδοθὲν, ἀλλὰ συμφωνηθὲν, ὑποθήκη ἐστίν. *Pignus propriè dicitur, quod creditori traditur, quod vero sine traditione pacto convento contrahitur, hypotheca est.* Nimirum differentia pignoris & hypothecæ non in eo consistit, quod hæc ἐγγράφως, illud ἀγράφως contrahatur: sed quod hæc pacto con-

vento,

vento, id est, ψιλῷ συμφώνῳ; illud non nisi re tradita. §. *item Serviana. in fin. Inst. de action.* §. *ult. Inst. quib. mod. re contr. obl. d. l. 9.* §. *2. de pign. act.* instrumentum intervenerit, nec ne, ad differentiam pignoris & hypothecæ nihil attinet. Igitur εἰς γραμματεῖον Harmenopulo non est per pactum conventum, sed instrumento pacti conventi: quippe qui non ideo γραμματείου meminit, quod sine instrumento hypotheca non contrahitur, sed quia probationis causa scriptura ferè adhiberi solet. *d. l. 4. ff. de pignor. l. 4. ff. de fid. instrum. cum similib.* In Basilicis autem *lib. 25. tit. 2.* sententia Gaji in *d. l. 4. de pignor.* his verbis expressa est; ὡς ἐπὶ τῶν ἐνοχῶν τὸ ἐνοχοποιοῦσαν τοὺς ἐπὶ παντὸς συναλλάγματος συναινοῦντας, οὕτω καὶ ἡ ὑποθήκη συμφώνῳ συνίσταται, οἱοισδήποτε ῥήμασι, καὶ ἀγράφως· τὰ γὰρ ἔγγραφα διὰ τὴν ἀπόδειξιν γίνεται, &c. Id est, *quemadmodum in obligationibus fit, ut obligatio astringat de re qualibet consentientes, ita & hypotheca pacto convento contrahitur, quibuscunque verbis, etiam citra scripturam: nam scripturæ probationis causâ fiunt*, &c.

16. Planè fatemur pactum conventum

tum nonnunquam apud auctores usurpari pro instrumento, in quo pactum conventum descriptum est, uti & apud Ulpianum in *l. duo societatem. 71. ff. pro soc.* sed tropica ista locutio est, non propria, sumpto per metonymiam contento pro continente; ejusdemque tropi usus occurrit etiam in voce *pactum. l. 7. §. quodfere. 12. ff. hoc tit.* ibi, *quod ferè novissima parte pactorum ita solet inseri.* id est, novissima parte instrumenti de pactis confecti. Nemo tamen ob id dixerit pactum propriè esse conventionem scriptam. sic per eandem figuram lex accipitur pro tabulis legis. *l. eum debere. 33. ff. de serv. præd. urb. l. si in lege. 24. ff. locat.* & passim apud alios. cautio & obligatio pro chirographo. *l. lecta. 40. ff. de reb. cred. l. 5. ff. fam. ercisc. l. ult. C. de cond. ex leg. l. 7. C. de non num. pec.* stipulatio pro stipulationis instrumento. *l. 1. §. pen. ff. de edend.* Cicero, *partitionib. Scriptorum privatum aliud est, publicum aliud. Publicum lex, senatusconsultum, fœdus. Privatum tabulæ, pactum conventum, stipulatio.* Græcis quoque familiare est, ut συμβόλαια ἔγγραφα, sive καταγραφὰς τῶν συμφωνηθέντων, instrumenta pa-

ctorum

ctorum ac conventorum, appellent συμβόλαια simpliciter, figuratè tamen, ut ex contento continens intelligatur. Jam etiam cæteris, quæ à D. Salmasio in contrarium afferuntur, facile, ut opinor, obviam iri poterit.

CAP. II.

De pactis seu conventionibus publicis.

1. *Publica conventio quid, & à quibus fiat.* & N°. 4.
2. *An Princeps pacem cum hostibus faciens privatorum injurias ob causam belli acceptas remittere possit.*
3. *Privatæ conventionis species est, cum Princeps contrahit cum subditis emendo, vendendo,* &c.
5. *Duces belli citra speciale mandatum pacem aut inducias facere non possunt.*
6. *De quibus rebus duces belli rectè paciscantur.*

PActionum sive conventionum quædam publicæ sunt, quædam privatæ.

tæ. *l. conventionum. 5. ff. hoc tit.* De conventionibus publicis parcius disseremus, quoniam ista disputatio Politicorum tota propria est: Nam conventiones publicæ non tam legum civilium auctoritate, quam communi omnium gentium jure reguntur, multumque hic valent, ac præcipuam fidem merentur judicia & sententię illustrium Scriptorum, cum Philosophorum & Historicorum, tum Oratorum, etiam & Poëtarum. Denique juris publici tractatio atque cognitio ferè à Jurisconsulto hodie non expectatur, si causas publicorum criminum atque alia nonnulla excipias.

1. Publica conventio, definitore Ulpiano in *l. conventionum. 5. ff. hoc tit.* est, quæ fit ex causa publica. Hujusmodi autem pactorum faciendorum potestas penes eos solos est, qui summæ rei præsunt, aut qui eam potestatem ab his, quorum ea propria est, acceperunt. Ulpianus *d. l. 5.* quid sit publica pactio declarat duobus exemplis. *Publica,* inquit, *conventio est, quæ fit per Principem,* (ita enim omnino legendum est cum Russardo, non *per pacem,* quod idoneum sensum non habet.) *aut*

quo-

quoties inter se duces belli quædam paciscuntur. Græci hunc locum sic reddunt, δημόσια ἢ (σύμφωνα) τὰ περὶ ἐξουσιαστῶν καὶ ἡγεμόνων ἐθνῶν, περὶ εἰρήνης τυχὸν, ἢ ἄλλό τι τοιοῦτον. *publicæ conventiones sunt; quæ fiunt per principes aut duces exercitus, veluti ad pacem, aut aliud quid tale.* Et quidem dubium non est, quin Princeps de negotiis ad rempub. spectantibus rectè atque utiliter paciscatur, sive pacem sive aliud quodcunque fædus cum hostibus faciat: siquidem pactiones inire etiam quæ bellum finiant, eorum est, quorum est bellum, cum suæ quisque rei moderator sit atque arbiter.

2. Sed quæritur, pacem faciendo cum hostibus, an privatorum damna atque injurias ob causam belli acceptas remittere possit? Et puto posse. arg. *l. 1. §. 2.* in verbis, *sunt enim quædam publicè utilia. ff. de just. & jure. c. in nostra.* ibi *pro bono concordiæ. ext. de injur.* Atque omnino concludimus remissionem favore publicæ pacis factam, etiamsi facta sit invitis subditis, valere, si aliter discordiæ sedari & pax haberi nequeat: & maximè cum occupata per injuriam bona longo tempore pos-

sessa

ſeſſa ſunt, quæ ſi à poſſeſſoribus auferantur, multa concuti & perturbari neceſſe ſit. Optimæ conciliationes ſunt, quæ iram & offenſarum memoriam delent, & ut ait Iſocrates *Plataic.* εἰρήνης οὔσης οὐ προσήκει μνησικακεῖν περὶ τῶν ποτὲ γενομένων, *in pace non decet ante malorum recordari.* Et omnino in fœderibus ineundis non tam cogitandum eſt de ſarcienda in præſens amicitia, quam id curandum, ne partes, quæ non ad differenda, ſed ad auferenda mala conveniunt, bello iterum implicentur, ut diſputat Dionyſ. Halicarnaſſenſis *lib.3.* Exemplum habemus apud Val. Maximum *lib.4.c.de animi moderatione,* de Thraſybulo; qui cum civitatem Athenienſium triginta tyrannorum ſævitia liberaſſet, plebiſcitum interpoſuit, ne qua præteritarum rerum mentio fieret; quæ malorum oblivio ἀμνηστία ab ipſis vocitata eſt. Quod exemplum & M. Tullius aliquando Romæ publico otio conſulere volens ſequendum eſſe cenſuit, *Philipp. 1. in princ. Bodin. lib. 2. de repub. c. 5. & lib. 5. c. 6. Grot. lib. 3. de jur. bell. & pac. c. 20. Duar. ad l. 5. ff. hoc tit. Gail. 2. obſ. 57. & de pace publ. n. 25. Matt. Cuno tract.*

de

ct. c. 22. per tot. vide & Vasq. 1.
. 4.

Pacti verò non publici, sed pri-
species est, cum Princeps pacisci-
aut contrahit cum subditis, verbi
a, emendo aliquid, aut vendendo:
ue enim hoc facit, qua Princeps:
verissimum est, quod vulgò jacta-
, Principem in his jure privatorum
. Nam quod legibus solutus esse di-
ar, hoc non eo pertinet, ut ad con-
ctus observantiam adstringi non
beat. Lex naturalis est, quæ fidem
rvare jubet: qua proinde neque po-
li consensu, neque senatus auctori-
te solvi potest.

4. Alterum exemplum publicæ con-
entionis affert Ulpianus *d.l. 5. hoc tit.*
le ducibus belli inter se paciscentibus.
Non tantum igitur Princeps, sivè, qui
summum imperium habent, pacta
cum hostibus inire publicæ utilitatis
causa possunt: verum etiam ducibus
belli idem permissum est. Cæterum
belli duces non nisi de iis rebus, quæ
ad administrationem belli pertinent,
deque his, quæ ipsis concessa intelli-
guntur, jure pacisci possunt. Unde pe-
tenda decisio quæstionis, quæ ab in-

terpretibus movetur, an à ducibus belli citra principis aut populi consensum, cujus nomine & auspiciis bellum geritur, pax aut induciæ constitui possint.

5. Dicendum enim est non posse, nisi hoc specialiter iis concessum sit; eumque, cui ducendi regendique exercitus, aut etiam in universum belli gerendi cura commissa sit, pacem cum hostibus faciendo, fines mandati & muneris sui excedere; neque enim belli gerendi pars est, bellum finire. Agesilai responsum ad Persas fuit, εἰρήνης τὴν πόλιν εἶναι κύριον, *pacis arbitrium penes civitatem esse*. Eumenes apud Livium *lib. 37. Quî rata ista pax erit, quam non ex auctoritate senatus, non jussu populi Romani peregerimus?* Et Sallustius de pace inter Aulum, exercitus Romani ducem relictum, dum frater consul Albinus Romam proficiscitur, & Jugurtham Numidarum regem facta, *Senatus*, inquit, *uti par fuerat, decernit, suo atque populi injussu nullum potuisse fœdus fieri.* Ac pari de causa nec Caudina, nec Numantiana sponsio populum Romanum obligavit.

6. Planè inducias date ducum est, nec

nec summorum tantum, sed etiam minorum, sed iis solum, quos oppugnant, aut obsessos tenent, & se suasque copias quod attinet: nam alios duces pares non obligant, quod Fabii & Marcelli historia apud Livium *lib.24.* declarat. Manifestè igitur labitur Bartolus in *d. l. 5. ff. hoc. tit.* cum simpliciter pronuntiat, ducem belli, aut, ut ipse loquitur, capitaneum guerræ posse facere treugam seu inducias indicere. Rursum ducibus non competit homimines, imperia, agros bello quæsitos concedere: qua de causa Syria Tigrani adempta, quanquam Lucullus dederat. In res alias, quæ in præda sunt, jus aliquod concedi ducibus videmus, non tam ex vi potestatis, quam cujusque populi moribus. Enimvero nondum quæsita condonare omnino in ducum est potestate: quia homines cum oppidis sæpe se dedunt sub conditionibus vitæ salvæ, aut & libertatis & bonorum, de quibus summæ potestatis arbitrium exquiri res plerumque non patitur. Plenius hæc exequitur *Grot. lib. 3. de jur. belli & pac. c. 22. add. Bodin. lib. 5. de repub. c. 6.*

Cap. III.

An fides hostibus, prædonibus, piratis data servanda sit.

1. *Etiam hostibus fidem datam servandam esse.*
2. *Dolus malus est post fidem datam hostem fallere.*
3. *Explicatio l. 2. C. de commerc. & mercat.*
4. *Prædones quoque & piratas communionem habere juris naturæ.*
5. *Promissionem impunitatis factam atrox aliquod facinus detegentibus servandam esse.*

FIdei observatio est ex jure gentium. *l. 1. ff. hoc tit. l. cum amplius. 84. §. 1. de reg. jur. l. bona fides. 31. ff. depos.* Itaque cum jure gentium quælibet justa pactio vim obligandi habeat, apparet etiam hosti fidem datam servandam esse: nam & cum hostibus jus gentium colitur. *l. ult. ff. de legationib.* Utique enim si cum hostibus quoque sit communio juris gentium, cum iisdem etiam conventionum, ac proinde & obli-

obligationum communio ſit neceſſe eſt. Silius Italicus *lib. 25.*

Optimus ille
Militiæ, cui poſtremum primumque tueri
Inter bella fidem.

Denique ſi fidem hoſtibus datam contemnere liceat, nihil aliud inde ſequi poterit, quam perpetua diffidentia, cædes & bellum perenne. Sed hîc nobis occurritur ex Ulpiano *l. 1. §. 3. ff. de dol. mal.* ubi ait bonum dolum eſſe, & pro ſolertia haberi, ſi quis contra hoſtem aliquid machinetur, eumque fallat. Cui non abſimile illud Auguſtini in *c. dominus. cauſ. 23. quæſt. 2. In juſto bello ad juſtitiam nihil intereſt, aperte an ex inſidiis pugnetur.* Et quod apud Ammianum Marcellinum legimus, *nullo diſcrimine virtutis ac doli proſperos omnes laudari debere bellorum eventus.*

2. Reſpondeo, id verum eſſe concedo, antequam fides data eſt: at fides ſemel data ſervanda eſt, quia cum hoſte jus gentium colimus. Auguſtinus *Epiſt. 1. ad Bonifacium*, cujus fragmentum relatum eſt in *c. noli. cauſ. 23. quæſt. 2. Fides*, inquit, *quando promittitur,*

tur, etiam hosti servanda est, contra quem bellum geritur. Hinc est, quod qui legatos hostium violant, eos jus gentium violare apud auctores passim legimus. *d.l.ult. de legation. Liv. lib. 15. & 38. Cic. Verrin. 3.* Quamobrem malo, turpi ac vafro commento pacta eluserunt, & perfidiæ velamentum quæsiverunt Thraces, qui olim pacti aliquot dierum inducias, noctu excursiones agebant. Item malè Romani, qui cum ex pactis cum Antiocho initis dimidium navium Antiocho relinquere debebant, naves dissecuerunt, dimidiumque incenderunt, altero dimidio relicto. Hic dolus quoniam post fidem datam adhibetur, malus est; cum contra si fides hosti data non sit, licita sit omnis machinatio: eoque pertinet illud Virgilii *lib. 11.*

Dolus, an virtus, quis in hoste requirat?

3. Udalricus Zasius objicit huic sententiæ *l. 2. C. de commerc. & mercat.* Sed satis constat etiam cum barbaris juris gentium communionem esse. *l. Divus Hadrianus. 6. in fin. ff. de bon. damnat.* Deinde aliud est, aurum illis subtili ingenio & arte honesta subduce-

ducere, quod licet; aliud fidem datam fallere, quod non licet. Vetat ibi Imperator aurum ad illos exportare: quod & hodie in Anglia, Hiſpania, & alibi non licet. & ita Athenis multa erant, quæ dicebantur ἀπόῤῥητα, nimirũ τὰ ἀπειρημένα ἐξάγειν, quæ vetita erant è terra Attica exportari, ut πᾶσα ἡ ναυπηγήσιμος ὕλη, abies, pix, ſtuppa, &c. Denique jubet Imperator, ut potius ingenio & arte, nempe per negotiationem aurum ex illis locis deducatur in Romanorum ditionem, dum Romani illuc merces deferunt, & pro iis aurum accipiunt.

4. Sed quid de prædonibus & piratis? Sanè hi non ſunt juſti & legitimi hoſtes. *l. hoſtes ſunt. 24. ff. de capt. & poſtlim.* Cæterum idem hîc dicimus, quia etiam cum illis nobis eſt communio juris gentium. *l. bona fides. 31. ff. depoſ.* Non habent quidem iſti ſpecialem iſtam communionem, quam inter hoſtes in bello ſolenni introduxit jus gentium: attamen quia homines ſunt, communionem habent juris naturæ, ex quo naſcitur, ut pacta ſint ſervanda. Cæſar *lib. 3. de bell. civil.* aperte ſcribit, actum à Romanis duci-

bus in Pyrenæis montibus cum prædonibus & fugitivis de compositione, legatosque ad eos missos fuisse. Belli piratici magnam partem Cn. Pompejus pactionibus confecit, vitam illis pollicitus, & sedes, in quibus sine rapto viverent: & tyranni interdum libertatem reddiderunt impunitatem pacti. Diodorus memorat Apollonio fugitivorum duci fidem servatam à Lucullo: alii id genus alia. At inquies, qui atrociter malefici sunt, neque pars sunt ullius civitatis, hi à quovis homine puniri possunt, si jus naturæ respicimus. Qui verò puniri possunt, ut vitam amittant, his etiam & res & jura sua possunt auferri: neque enim est contra naturam spoliare eum, si possis, quem honestum est necare, ut rectè disputat Cicero *lib. 3. de offic.* Inter jura autem est etiam hoc jus ex promisso quæsitum: potest igitur & hoc ei in pœnam auferri. Respondeo processurum hoc, si non tanquam cum malefico actum esset: at siquando cum tali, qua talis est, actum est, simul de remittenda, quod hanc rem attinet, pœna actum censeri debet: quia semper ea sumenda interpretatio est, quæ cavet,

vet, ne actus in vanum recidat. *l. quotiens. 12. l. ubi. 21. de reb. dub.* Non malè apud Livium *lib. 34.* Nabis, cum tyrannidem ei objiceret Q. Flaminius, *De nomine hoc respondere possum, me qualiscunque sum, eundem esse, qui fui, cum tu ipse mecum, T. Quinti, societatem pepigisti.* & mox: *Iam feceram hæc, qualiacunque sunt, cum societatem mecum pepigistis.* addit, *Si quid ego mutassem, mihi meæ inconstantiæ; cum vos mutetis, vobis vestra ratio reddenda est. Grot. lib. 3. de jur. bell. c. 19. n. 3. & seqq.*

5. Quid dicendum de magistratibus, qui conjurationem in rempub. aliudve atrox facinus detegentibus impunitatem aut præmium aliquod pollicentur? Nimirum quibus fides publica ob hujusmodi causam datur, eos non decipi non modò suadere rationem naturalem, verum etiam civilem quandam, ne scilicet cæteri in futurum ad similia facinora indicanda fiant tardiores. Atque ita S. P. Q. R. de Catilinariæ conjurationis indicibus Cicerone consule faciendum decrevit. *add. Bodin. lib. 5. de repub. c. 6. Grot. lib. 3. de jur. bell. & pac. c. 19. & 4. seqq. Hotom. illustr. contr. c. 7. Cunon. tract. de pact. c. 29. n. 35. & seqq.*

CAP. IV.

De pactis legitimis.

1. *Legitima conventio quid.*
2. *Exempla vetera pactorum legitimorum, & in his specialis juris ratio.*
3. *Aliud exemplum vetus, cum ratione juris singularis.*
4. *Exemplum pacti legitimi recentius, sc. quo dos promittitur.*
5. *Alia nova species, pactum donationis.*
6. *Item alia, qua usura argentariis promittuntur.*
7. *Ad pacta legitima referri posse & pacta honoraria, constitutum, & conventionem de pignore.*
8. *Exempla pactorum legitimorum, quibus actio ipso jure tollitur: inter quæ & lex commissoria & addictio in diem.*
9. *Laudatur Græcorum de pactis legitimis sententia.*
10. *Stipulatio, acceptilatio, contractus literarum an species conventionis legitimæ.*

PRivata conventio est, quæ fit ex causa & de re cujusque privata ac familiari. Eaque vel legitima est, vel juris gentium. *l. 5. ff. hoc tit.*

1. Le-

1. Legitima est, quæ manente nuda ac simplici forma conventionis, ex speciali confirmatione alicujus legis efficax est vel ad obligandum & agendum, vel ad obligationem & actionem ipso jure tollendam. Confirmationem dicimus specialem: nam & contractus juris gentium possunt dici jure civili confirmari, sed tantum in genere, scilicet hoc ipso, quod recepti sunt: quippe usus quoque vim approbationis habet. *§. 1. Inst. de obligat.* hoc tamen non obstante conventiones juris gentium appellantur. *l. juris gentium. 7. pr. ff. hoc tit.*

2. Pacta legitima, quæ quidem actionem producerent, nulla adhuc fuisse tempore Pauli, cujus est *d. l. 6. hoc tit.* existimat Antonius Faber, sed fallitur. Nam talis pacti exemplum habemus in *l. etiam. 30. ff. de usur.* item in *l. in quibusdam. 7. ff. de naut. fœn.* quarum in altera idem ille juris auctor tradit etiam ex nudo pacto civitatibus deberi usuras creditarum ab eis pecuniarum, in altera illud etiam obtinere in pecunia trajectitia, id est, ea, quæ trans mare vehitur periculo creditoris. quod ipsum, & à Scævola, qui sub Antonino Philosopho floruit, traditum

ditum est, *l. periculi. 5. §. 1. d. tit.* Licet autem incertum sit, quarum legum id auctoritate sit introductum; illud tamen satis constat, contra rationem juris communis utrumque constitutum esse jure singulari; ac proinde speciali aliqua lege aut constitutione pacta ista fuisse confirmata, alterum haud dubie ob favorem reipub. alterum propter periculum, quod creditorem pecuniæ nauticæ spectat, ex quo navem navigare convenit. *l. 3. d. tit.* Regulariter enim & jure communi usuræ fœnebris pecuniæ citra vinculum stipulationis non debentur. *l. Titius. 24. ff. de præscr. verb. l. 5. §. 2. ff. de solut. l. 3. C. de usur.* atque hoc apud Paulum quoque & Scævolam ostendunt particulæ *&*, *etiam.*

3. Aliud exemplum pacti legitimi, jam tum ætate Pauli confirmati, nobis suppeditat *l. frumenti. 12. C. de usur.* ubi Alexander Severus, cui Paulus à consiliis fuit, rescribit, etiam ex nudo pacto accessionem sive usuras frumenti vel hordei mutuo dati præstandas esse: in quo item jus est singulare; nam regulariter, ut jam dictum est, usuræ pecuniæ creditæ peti nequeunt, nisi in stipulatum deductæ fuerint. *l. 1. l. 3. C. eod.*

eod. Huic autem speciali juri forte causam præbuit utilitas & necessitas publica, ut invitarentur creditores ad facilius eas res mutuo dandas, quæ ad victum omnino sunt necessariæ, & quarum ob id usu minus carere possumus, quam pecuniæ. Forte etiam, quod frugum tum aridarum tum liquidarum æstimatio & pretium subinde mutatur, pro varietate locorum & temporum. §. *si quis agens. Inst. de action. l. 3. ff. de eo quod cert. loc.* Utique ob hanc causam διὰ τὸ ἄδηλον τ͂ καιρῶν, placuit majores recipere usuras frugum quam pecuniæ mutuationem. *l. oleo. 23. C. de usur.* de quo præclara quædam apud D. Salmas. *lib. de mod. usur. c. 8.*

4. At post tempora Pauli plura hujus generis pacta introducta sunt constitutionibus Principum. A Theodosio & Valentiniano vim conventionis legitimæ accepit pactum, quo dos promittitur. *l. ad exactionem. 6. C. de dot. promiss.* Quamquam autem Connanus *lib. 5. comm. c. 3.* & Donellus ad *l. legem. 10. C. hoc tit.* putant pactum de dote danda esse conventionem, cui subsit causa, videlicet ipsa nuptiarum coïtio; propterea quod promissioni dotis semper

per insit hæc conditio, *si nuptiæ fuerint secutæ. l. stipulationem. 21. ff. de jur. dot.* ac proinde promissionem talem incidere in contractum innominatum *facio ut des:* tamen magis est, ut id falsum sit. Nam si ratio illa, qua utuntur, bona esset, ex eo efficeretur, omnem pene conventionem conditionalem habere in se negotium & causam, quod utique apertè falsum est. Sed nec quodlibet factum ad constituendum contractum innominatum intervenire sufficit, verum tale intervenire necesse est, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod sit fundamentum συναλλάγματος & actionis civilis. At tale factum non est, uxorem ducere aut nuptias contrahere. Accedit, quod ex causa *facio ut des* datur actio aut præscriptis verbis in id, quod interest, aut de dolo (nihil enim nunc refert, utra detur.) Neutrum autem horum est in casu proposito, & dos plerumque exigitur condictione certi. Quid quod & post contractas nuptias dos promitti potest, ut hîc quoque pactum sit utile ad exactionem. per *d. l. 6.* Denique novum in *d. l. 6.* jus constitui ex eo satis apparet, quod etiam ante illam constitutionem ex contractu *facio*

ut

ut des certo jure actio competiit. *l. 5. §. 3. l. ſolent. 15. ff. de præſcr. verb.* & rectè itaque Græci apud *Harmenop. lib. 4. tit. 8. §. 13.* ἀπὸ ψιλῆς ἐπαγγελίας χρεωστεῖ ὁ πατὴρ προῖκα. i. *ex nuda promiſſione pater dotem debet.* Cæterum hujus diſputationis nulla amplius hodie videtur eſſe utilitas, poſtquam auctoritate conſtitutionis Juſtinianeæ *l. un. C. de rei ux. act.* ſemper fingatur interveniſſe ſtipulatio tam ex parte mariti, quam ex parte uxoris. ita rectè *DD. comm. poſt Gloſſ. Cyn. & Salicet. in d. l. 6. C. de dot. promiſſ.* diſſentit tamen *Fortun. Garz. in l. 6. ff. hoc tit. n. 23. & ſeqq.* contendens ſtipulationem ex parte uxoris duntaxat fingi interveniſſe in *d. l. un. C. de rei ux. act.* non autem ex parte mariti, utut verba legis expreſſe repugnent.

5. Conſtitutione Juſtiniani confirmatum eſt pactum donationis, quod in præſens conceptum eſt, ſeu quo quis in præſentia ſe donare dicit, veluti, dono tibi centum aureos: ex hoc enim pacto, licet nudo, Juſtinianus actionem dedit contra regulam juris antiqui. *l. ſi quis argentum. 35. §. ult. C. de donat. §. 2. Inſt. eod.* Quod ſi pactum dona-

donationis causa in futurum conceptum sit, veluti si quis dixerit, donabo tibi centum aureos, manebit hîc etiamnum jus vetus, neque ex nuda hac pollicitatione promittens magis nunc obligabitur, quam ante, *arg. l. præcipimus. in fin. C. de appell.*

6. Ejusdem Principis constitutione Novella *136. c. 4.* cautum, ut usuræ etiam ex nudo pacto debeantur argentariis. quod cautum propter communem utilitatem, quam in contractibus exhibent ἀργυροπράται sive argentarii, dum multis se periculis immiscent, ut ingruentibus aliorum necessitatibus medeantur. Eandemque ob causam placuit certas usuras, & quidem besses, argentariis præstandas esse, etiamsi modus certus usurarum dictus non sit: quod in aliis non habet locum. *l. quod in stipulatione. 31. l. tutor. 41. §. ult. ff. de usur.* τοὺς γὰρ πᾶσι σχεδὸν τοῖς δεομένοις ἑτοίμους ὄντας βοηθῆσαι, οὐκ ἂν εἴη δίκαιον ὑπὸ τοιαύτης λεπτότητος ἀδικεῖσθαι, ait Justinianus *d. Nov. 136. c. 4. lib. 24. Basil. tit. 4. c. 4.*

7. Possunt huc etiam referri pacta, quæ jure honorario confirmata sunt ad actionem pariendam, cum eundem effectum

fectum edictum prætoris habeat, quem habet lex aut senatusconsultum; quo intuitu edictum prætoris etiam ab ipso Cicerone *act. 3. in Verr.* lex appellatur: maximè autem hodie postquam ex confirmatione Justiniani edicta prætorum non minus pro legibus, quam cæteræ partes juris civilis haberi cœperunt. Hujus autem generis pacta duo in jure nostro occurrunt, constitutum sive conventio, qua quis citra stipulationem constituit se soluturum, quod vel ipse, vel alius debet. *tit. ff. & C. de pecun. constit.* item conventio de pignore. *l. si tibi. 17. §. 2. ff. hoc tit.* ubi Jurisconsultus ait, de pignore jure honorario ex pacto actionem nasci, hoc nimirum significans, jure prætorio etiam nuda conventione pignus obligari, creditorique constitui jus in re. *l. 1. ff. de pign. act.* ac pro re ista persequenda etiam actionem creditori edicto propositam esse, actionem videlicet in rem, Servianam vel quasi Servianam sive hypothecariam. *§. item Serviana. 7. Inst. de action.*

8. Posterioris generis pacta legitima, quibus scilicet ipso jure obligatio & actio tollitur, sunt, ne furti, ne injuria-

juriarum agatur. *l. si tibi.17.§.1. l. si unus. 27.§.2. vers. sed si pactum. & §.4. ff. hoc tit.* quippe quæ pacta lex duodecim tabularum confirmat, dum de furto deque injuriis pacisci expresse permittit. *l. 7.§. si paciscar. 14. in fin. ff. eod. Gell. lib. 20. c. 1.* Non obstat, quod de furto & injuriis pacti infames fieri dicuntur. *l. 4.§. ult. ff. de his qui not. infam.* Nam hoc de eo casu accipiendum est, quo quis paciscitur, postquam jam res deducta est in jus ad prætorem; quoniam ille crimen confiteri intelligitur, ut mox subjicitur ex Paulo *l. 5. d. tit.* utique si cum pretio quantocunque pactus sit. *d. l. 5. §. 3.* Nihil autem impedit, quominus actio ipso jure pacto tollatur, licet pactos sequatur infamia. Ad hoc posterius genus videntur etiam referri posse duæ conventiones in contractu emptionis & venditionis præcipue celebrari solitæ, addictio in diem, & lex commissoria; utpote quæ & ipsæ ad hunc effectum jure civili confirmatæ sunt, ut existente conditione conventionis contractus ipso jure resolvatur, etiam postquam res integra esse desiit, secuta scilicet traditione, nisi aliud diserte placuerit. *l. 2. ff. de addict. in diem. l. 1. l. 2. ff. de leg. commiss.*

9. Op-

9. Optimè igitur Juriſconſultus Græcus reſponſo περὶ ψιλῶν συμφ. Τῶν ἰδιωτικῶν συμφώνων, inquit, τὰ μὲν ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρούμενα, καὶ τίκτουσι καὶ ἀναιροῦσιν ἀγωγὰς, ἐκ τῶν περὶ αὐτῶν ἐκπεφωνημένων νόμων ἢ διατάξεων τὴν τοιαύτην ἰσχὺν καὶ ἐνέργειαν προσειληφότα. καὶ διὰ τοῦτο ἐσθ' ὅτε καὶ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγὴ, καὶ λύεται κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον ἀγωγὴ, ἅτινα καὶ λεγίτιμοι κομβεντίονες ἐπικέκληνται. id eſt, *Pactorum privatorum quædam lege aliqua vel ſenatuſconſulto confirmantur, quæ & actiones pariunt, & tollunt actiones; atque hujuſmodi vim ac poteſtatem acceperunt à legibus aut conſtitutionibus ſpecialiter de ipſis promulgatis. Quo fit, ut interdum etiam ex nudo pacto actio naſcatur, & ipſo jure diſſolvatur: quæ appellantur conventiones legitimæ.* Cujuſmodi autem hæ conventiones ſint, mox declarat hujuſmodi θεματισμοῖς· ὅτε ἐπαγγελλόμεθα προικίζειν τινὰ καὶ ὅτε πόλις δανείζουσα συμφωνήσει λαμβάνειν τόκους· ὥσπερ οὖν καὶ ἐπὶ τοῦ ἐνεχύρου γινόμενον, σύμφωνον, κἂν σιωπηρὸν ᾖ, τίκτει ἀγωγὴν τὴν Σερβιανήν. ἀλλὰ καὶ ἡ δωρεὰ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτει σήμερον, καὶ αὕτη τὴν ἐξ λέγε κονδικτίκιον. id eſt, *cum alicui me dotem*

dotem daturum polliceor, & cum civitas pecuniam fœnori dans usuras sibi paciscitur: sicut & facta super pignore pactio, licet tacita sit, actionem Servianam gignit. Quin etiam donatio ex nudo pacto parit hodie condictitiam ex lege. Et iterum exempla proferens pactorum legitimorum, quibus ipso jure actio tollitur, οἷον, inquit, τὸ ἐπὶ συγχωρήσει τοῦ *furti, καὶ τοῦ injuriarum.*

10. Stipulatio quoque legitima conventio est, quia contractus est juris civilis, à quo & formam accepit. nam cum sit conventio. *l. 1. §. 3. ff. hoc tit.* nec tamen conventio juris gentium, necesse est, aut manca sit divisio Jurisconsulti in *l. 5. ff. eod.* aut cum ad conventiones juris gentium non possit, referatur ad legitimas. De acceptilatione idem judicium esto. Sed & literarum obligatio legitimam conventionem habet, nempe confirmatam constitutionibus. *Inst. de liter. oblig.* Cæterum in contractu literarum non ex nudo & simplici consensu oritur obligatio, sed ex literis, sicut in stipulatione & acceptilatione verbis contrahitur aut solvitur, non consensu solo. Nimirum jus civile interdum robur addit con-

conventionibus adjiciendo certam formam, interdum ſimpliciter confirmando: & hujus poſterioris generis conventiones propriè in uſu juris legitimæ dici videntur, nempe quæ, ut ſupra dixi, manente ſimplici ac nuda conventionis formâ ſpeciali aliqua lege aut conſtitutione confirmantur; arg. *l. legitima. 6. ff. hoc tit.* αἱ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρούμεναι, ut Græci.

CAP. V.

De conventionibus nudis.

1. *Nudæ conventionis definitio variis exemplis illuſtrata.*
2. *Eadem confirmata Græcorum auctoritate.*
3. *Pactum non deſinit eſſe nudum interveniente ſcriptura.*
4. *Interdum appellatione pacti nudi etiam alias conventiones comprehendi.*
5. *Nudam conventionem paſſim in libris noſtris appellari pactum ſimpliciter.*
6. *Pactum nudum non explicationis tantum*

tum causa dici, sed etiam discretionis.

7. *Vox* nudum *quid hîc significet.*

8. *Argumenta eorum, qui negant pactum nudum pacti esse speciem.*

9. *Confutatio argumenti primi.*

10. *Contradicentia esse, asserere pactum aliquod esse nudum, & negare id pactum esse.*

11. *Vocem* nudus *notam esse discretionis, non alienationis.*

12. *In pactorum materia nomine conventionis nunquam aliud significari, quam duorum aut plurium in idem consensum.*

13. *Nunquam significari conventionem aliquam oppositam pactioni.*

14. *Nusquam indefinitè traditum ex pacto actionem nasci: sed contrarium, non nasci.*

15. *Apud Vlpianum l. 7. §. 4. hoc tit. aliter legi in plerisque aliis codicibus, aliter in Florentino, cum examinatione utriusque lectionis, & vulgatæ interpunctionis.*

16. *Quid sit, placiti fine stare.*

17. *Pactum nudum etiam id, quod serium: alias pacti nomen non mereri.*

18. *Remuneratoria arcani alicujus promulgatio.*

Pri-

PRivatæ juris gentium conventionis species sunt duæ, nuda una, altera non nuda, quam vestitam vulgò magistri juris appellant, & pactum vestitum, verbo magis, quam sensu inconcinno. Divisio hæc fundata est in *l. juris gentium. 7. §. 1. 2. & 4. ff. hoc tit. l. si dominus 8. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. legem. 10. C. hoc tit.*

1. Nuda conventio est, quæ in nudis placiti finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem. *dd. ll. l. si tibi. 27. C. de locat.* ut ecce, si inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum; vel ut ego tibi darem equum, tu mihi tabulam pingeres; vel ut ego hanc partem hereditatis nobis delatæ obtinerem, tu illam; aut ut ego tibi meum, tu mihi tuum bovem commodares ad opus faciendum, &c. hæ conventiones & similes nudæ sunt & dicuntur: quia nec in aliud nomen transeunt, nec in his ad conventionem alia causa obligandi, puta datio aut factum aliquod accedit; sed solo placiti fine stant.

2. Ad hunc eundem modum & Græci pacta nuda, quæ ψιλὰ σύμφωνα vocant,

cant, definiunt; nempe quæ neque εἰς ἰδικὸν μεταπίπτουσιν ὄνομα συναλλάγματος, οὔτε ἐπὶ τοῦ προτύπου ἵστανται γένους. *respons.* περὶ ψιλ. συμφ. & mox iterum *ibid.* νοῦδον γὰρ ἤτοι ψιλόν ἐστι σύμφωνον τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἱστάμενον, ἡγησαμένης προτέρον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει. *Nudum pactum est, quod non transit in proprium nomen contractus, quod in eodem genere non stat dato prius aliquo vel facto, ut detur vel fiat.* & apud Harmenopulum *lib. 1. tit. 9.* περὶ ψιλ. συμφ. ἡνίκα μὴ προηγήσηται δόσις, ἀλλὰ μόνον συστῇ ἐπὶ δόσει. *Cum non præcesserit datio, sed tantum de dando convenerit.*

3. Et quamvis igitur scriptura intervenerit, non ob id tamen nudum pactum esse desinit, arg. *l. 7. §. quod fere. 12. ff. hoc tit.* quippe scriptura vim pacti mutare non potest, cum non sit causa obligandi, sed duntaxat probationis gratiâ adhibeatur. *l. 4. ff. de fid. instrum.* hoc etiam D. Salmas. *ubi sup. c. 12.* Quod si talis conventio lege vel senatusconsulto adjuvetur, jam quidem suo sensu non amplius nuda est, sed tum fit conventio legitima. *l. legitima.*

tima. 6. ff. hoc tit. Cæterum etiam hujusmodi pacta nuda appellari solent, respectu scilicet simplicis formæ conventionis, & ad differentiam stipulationis. *l. etiam. 30. ff. de usur. l. frum. 12. C. eod. tit.* quanquam huc non pertinent.

4. Illud obiter hìc monendum, interdum appellatione nudi pacti plus comprehendi, & nimirum alias quoque conventiones; id quod ex adjuncto & comparatione rei, cui pactum opponitur, facile intelligi poterit, puta si opponatur non conventioni diversæ, sed traditioni: tunc enim complectitur conventiones omnes, quæ nudę sunt à traditione, etiamsi alias nudi placiti terminos egrediantur. *l. traditionib. 20. C. hoc tit. l. qua ratione. 9. §. interdum. 5. ff. de acq. rer. dom.*

5. Nuda conventio, quæ & nuda pactio & pactum nudum, sæpe etiam in libris juris nostri pactum simpliciter appellatur. *l. juris gentium. 7. §. quinimo. 4. & seqq. ff. hoc tit. l. legem. 10. C. eod. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. si tibi. 27. C. de locat. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 5. §. 2. ff. de solut. l. 5. C. de contr. stipul.* Ex quibus locis apparet idem valere, ex pacto actionem non

naſci, atque ex nudo pacto non naſci. Neque tamen ideo aſſentiendum Cujacio ad *l.* 1. *ff. hoc tit.* aut Weſenb. *parat. eod.* qui contendunt, pactionem nunquam nudam dici κατὰ διαστολὴν, ſed pactum omne, ut nudum eſt, ita etiam ſic appellari ſuo perpetuo epitheto, explicationis cauſa, non diſtinctionis, quaſi eſſet aliquod pactum nudo oppoſitum & veſtitum: nam quod nudum pactum etiam ſimpliciter pactum appellatur, id fit more Juriſconſultis uſitato, quibus familiare eſt, idem nomen nunc in genere, nunc in ſpecie uſurpare; aperteque refelluntur Cujacius & Weſenbecius verbis *d. l. ſolent.* 15. *ff. de praeſcr. verb.* ubi Ulpianus ex propoſita conventione actionem oriri ait, quia non ſit nuda, ne quis dicat ex pacto actionem non naſci. item *d. l. legem.* 10. *C. hoc tit.* quo loco Imperator, quod dici ſolet ex pacto actionem non naſci, id tunc obtinere reſcribit, cum pactum nudum eſt. Unde profectò plus quam manifeſtum eſt, pactum nudum non tantum explicationis cauſa dici, verum etiam diſcretionis gratiâ, quod quædam pacta ſint non nuda, quæ docendi causâ interpretes vul-

gò

gò appellant vestita, non tam inepto sensu, quam nomine: nec tamen nomine prorsus inepto.

7. Nudum autem hîc minimè vox est alienans, ut quidam ausi sunt asserere sine ulla auctoritate & contra perpetuum usum juris & omnium scriptorum, sed nudum dicitur per translationem solum & simplex, quod tantum pactum sit, nihil amplius, atque ut Imperatores loquuntur in *l. si tibi. 27. C. de locat.* quod nudo fine placiti stat; unde & solum pactum dicitur. *l. major annis. 23. C. de pig.* Similis translatio est, cum nudum consensum, nudam proprietatem, nudum usum, nudam notionem, nudam rationem, voluntatem, cogitationem, &c. dicimus. Sic nuda veritas, simplex, nullis velata coloribus. ψιλοὶ λόγοι apud Aristotelem 3. *Rhetor.* oratio prosa & soluta, quasi nuda ornamentis, minimeque convestita. & apud Demosthenem καὶ ἀφόβως, ψιλὸς λόγος opponitur ἐγκαλλωπισμένῳ· oratio nuda ornatæ vestitu apud Ciceronem *lib. de clar. orat.* Quamobrem cum de re constet; hoc est, esse quædam pacta nuda, quædam contra non nuda, futile sit de nomine litem movere, & offendi

verbo *vestiti*, quo Doctores docendi gratia utuntur, ut à nudo pacto distinguant, quod nudum non est. Denique tantum non meræ nugæ sunt, quæ superiori distinctioni objiciuntur, veluti quod non quia medici morbos quosdam acutos vocant, ideo alii sint obtusi: ut enim ita non appellentur, sunt tamen quidam morbi non acuti, aut acutis oppositi, quocunque tandem nomine eos appelles. Illum sane non acutum, sed obtusum fuisse necesse est, qui in publica disputatione interrogatus à Duareno, cur non item cogitationem partiretur in nudam & vestitam, illico obmutuisse dicitur. Quoniam verò sunt, qui hanc pacti in nudum & vestitum distributionem ex alia parte vellicant, quasi pactum nudum seu pactio aut conventio nuda non sit species pacti aut conventionis, cui proinde nec pactionis definitio conveniat, etiam adversus eos supra dicta distributio munienda ac stabilienda est. Quanquam autem tam portentosa opinio satis solide nuper ab incerto quodam auctore confutata est; tamen quia id adversariis ejus minimè videtur, objicientibus ei, quod

quæ-

quædam silentio præterierit, quia nihil ad ea potuerit respondere, aut quia argumenta eorum solvere non potuit, ea commento eludere; quædam etiam ab iis esse dicta, quæ à nemine unquam audiverit; credo quia sacris nondum initiatus erat, cui proinde mysteria aperire nefas: denique quia non satis bona fide cum eo agunt, è re erit ex integro causam istam hîc tractari. Defendit auctor ille omnium ætatum interpretum sententiam contra novitium commentum, idque sine ulla calumnia, sine contumelia, sine ullo convitio, sale tantum aliquo asperso, sine quo quicquid in hujusmodi concertationibus scribitur, fatuum est. Illi verò invehuntur in hominem insontem, tanquam quem agitaverit genius ex calumniandi & convitiandi libidine, cui os sine fræno, & cujus virus ipsa virtus provocet. Non sunt hæc ἀγαθοῦ δαίμονος. Sed mittam ista, ipsamque rem aggrediar suscepta causa assumptaque persona tam indignè accepti mortalis, per cujus latus quinam petantur, sunt qui putant se non ignorare.

8. Cur igitur nudum pactum aut

nuda conventio non est species pacti aut conventionis? Quoniam ajunt 1. Quicquid prædicatur de genere, id etiam prædicatur de quavis ejus specie: de pacto autem prædicatur, quod actionem pariat, de pacto nudo non item. 2. Quia conventio nuda dicitur, cui nulla subest causa propter conventionem, & quæ nudo placiti fine stat. Ex quo inferunt pactum nudum non posse dici duorum vel plurium in idem placitum consensum, nullaque pacta propriè nuda dici, quæ deliberato animo fiunt, quippe quibus omnibus subsit causa propter conventionem: per causam autem intelligunt eam causam, quæ paciscentes movit ad conveniendum. Hîc ego cum incerto illo auctore, cujus personam nunc gero, tot esse puto errores, quot fermè verba.

9. Nam 1. pactum nudum & non nudum disertè in jure nostro, ut diversæ pactorum & conventionum species distinguuntur, & inter se opponuntur. Respondent illi, hoc ipsum sententiam suam omnino confirmare; nam si pactum, ajunt, à pacto nudo distinguatur, ut una species ab alia, non

potest

potest pactum nudum dici species pacti, non magis quam homo species bruti, aut brutum hominis. Ecce qua fide hîc agant. Nos dicimus pactum nudum & non nudum diversas esse pacti species, pacto, ut generi, subjectas: illi lectoribus imponunt, quasi dixissemus, pactum & pactum nudum species esse oppositas: unde mox captant occasionem ostendendi, quam rudes parumque versati simus in arte disserendi.

10. 2. Contradicentia sunt, asserere pactum aliquod esse nudum, & negare id esse pactum. Etenim contradictio hic est in adjecto, sive oppositum in apposito. Utique enim juxta regulam Logicorum ab est tertii adjecti ad est secundi adjecti valet consequentia affirmando, v. c. ille est nudus homo, ergo est homo; illa est nuda oratio, ergo est oratio. Explodit M. Tullius Atticum dicentem mortuos esse miseros, & negantem tamen mortuos esse. Quis non etiam explodat eos, qui negent nudum assensum, nudam approbationem, nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, &c. esse assensum, approbationem, vocem,

 vo-

voluntatem, consensum? Sed ajunt non eundem esse tropum in voce *nudus* adjecta rebus cæteris, qui est in eadem voce addita pacto aut conventioni; nimirum quia tum vox ista non tantum restringens, sed etiam alienans sit: idq; ex eo probant, quod definitio pacti sive conventionis nudo pacto sive conventioni nudæ non conveniat. Atqui hoc perinde est, ac si dicerent, orandum est pro mortuis, quia sunt in purgatorio. Nam pro argumento & antecedente sumunt, & sibi concedi postulant τὸ ἐν ἀρχῇ, id quod est in quęstione; quæ manifesta captio est: hoc enim inter nos est controversum, an pacti definitio etiam nudo pacto conveniat, quod illi soli negant, cæteri omnes affirmant. Similis petitio principii est, cum ajunt ideo pactum nudum pactum non esse, quia non habet causam, quoniam causam intelligunt, ut ipsi interpretantur, quæ impulit ad conventionem ineundam. hic enim iterum, quod maximum vitium est in disserendo, sumunt τὸ ἀμφισβητούμενον ἀντὶ τοῦ ὁμολογουμένου. Nam talem causam etiam pacta, quæ veteribus propriè nuda dicuntur, habere cæteri ferè consentiunt. Sed de hoc fusius infra.

11. Qua

11. Qua verò auctoritate freti audent dicere vocem illam *nudus* adjectam pacto esse alienantem, cum alias semper sit discernens? Velim mihi proferant locum aliquem ex ullo idoneo scriptore, ubi vox ista significet ἀλλοτρίωσιν, alienationem subjecti, cui adjungitur aut attribuitur. Est quidem vox στερητικὴ, significans privationem alicujus rei, quæ alias subjecto attribuitur aut attribui potest; & sic etiam hic significat privationem causæ, quæ alias ad conventionem accedens pactum vestiret: at nunquam est ἀναιρετικὴ ἢ φθαρτικὴ τοῦ ὑποκειμένου, ut significet ademptionem aut corruptionem subjecti, cui attribuitur aut adjungitur.

12. Sed enim conventio, inquiunt, bifariam sumitur, primò in genere pro tractatu inter duos vel plures habito, quo aliquid agitur vel fit; quo significatu etiam nudum pactum species sit conventionis: deinde in specie pro duorum vel plurium in idem placitum consensu, & ita pro tractatu, quo aliquid agitur vel fit, quod statim firmum ac efficax est, nisi quid aliud impediat; qua notione conventio, ut species conventionis in genere acceptæ opponatur

 tur

tur pacto nudo. Quippe novum non esse ajunt in jure, ut unum idemque verbum & in genere & in specie sumatur, exemplo esse nomina adoptionis, cognationis &c. Equidem scio vocem conventionis esse πολύσημον, nam & conventum hominum, coïtionem, concionem, adlocutionem, interpellationem, &c. significat: sed in argumento de pactis unam duntaxat, eamque generalem & perpetuam significationem habet, eandem videlicet, quam pactio, aut pactum γενικῶς acceptum, denotatque semper duorum aut plurium in idem placitum consensum. *l. 1. §. 2. & 3. ff. hoc tit.* Concedunt quidem illi conventionem significare duorum vel plurium in idem consensum, sed addunt, cum pro pacto & pactione usurpatur: sed ostendant id verbi aliter uspiam usurpari in pactorum materia. De pacto idem non dicunt, quia prior illa significatio pacto non convenit: attamen fateri debent, velint nolint, cum pactum nudum opponitur pacto non nudo, pacti verbo in genere sumpto etiam pactum nudum, tanquam speciem contineri; ac proinde etiam speciem esse conventionis significatione

po-

posteriore, pluriumque in idem placitum & consensum: aut si non est, ne nudum quidem pactum dici potest, non magis, quam simia nudus homo.

13. Illud quoque me non latet, verba adoptionis, cognationis, aliaque nonnulla in jure nostro interdum generis nomina esse, interdum speciei; quod etiam occurrit in verbo *pactum*, quo & in genere pactum quodlibet, & in specie pactum nudum significatur, veluti cum dicitur ex pacto non nasci actionem: sed idem non contingit verbo conventionis. Ubi enim conventionis verbum usurpatur in specie pro conventione aliqua opposita pacto? Generale esse hoc verbum legimus, & ad omnia pertinere de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt. *l.1.§.3.ff. hoc tit.* nusquam autem ad speciem aliquam conventionis, quæ pactum non sit, contrahitur. Adoptio & cognatio cum sint nomina generis & speciei, rectè dividuntur, illa in adrogationem & adoptionem, hæc in agnationem & cognationem in specie dictam; estque hæc divisio rei, & generis in species. At si quis conventionem divi-

dividat in pactum & non pactum, quid hoc monstri erit? Quis non exsibilet eum, qui pactum ita partiatur, ut dicat, pactum aliud est conventum, aliud fixum? aut qui jus distribuat in liquorem & legem? Non sunt hujusmodi διαστολαὶ, distributiones rerum, aut generis in species; sed vocabuli æquivoci distinctiones in sua æquivocata.

14. Sed neque captione caret, quod ajunt de conventionibus & pactis prædicari, quod actionem pariant: nusquam enim hoc indefinitè traditum; sed quod quædam conventiones actionem pariant, & nimirum quæ vel in proprium nomen contractus transeunt, vel quæ accedente causa in speciem συναλλάγματος cadunt. *l. juris gentium. 7. pr. §. 1. & 2. hoc tit.* ex cæteris expressè negant juris nostri conditores actionem nasci, nisi vel specialiter confirmatæ sint. *l. 6. l. si tibi. §. 2. eod.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectæ. *d. l. 7. §. quinimo. 5. eod.* At contra non uno loco traditum est, ex pacto actionem non nasci. Respondent adversarii loca ista accipienda esse de pacto nudo. Fatemur; sed tamen utique de pacto, id est, plurium in idem

placito

placito & consensu. Quod si hoc non concedant, jam iterum incidunt in vitium ipsis familiare, pro argumento assumentes τὸ ζητέμϑμον ἀπ' ἀρχῆς: & veteres juris auctores pro fungis habent, qui simpliciter & absolutè pactum appellent, quod pactum non sit, dixerintque ex pacto non nasci actionem, cum hoc significare voluerint, ex non pacto actionem non nasci.

15. Sæpe inculcant, quod nudum pactum sit, cui nulla subsit causa propter conventionem. *l.* 7. §. *sed cum nulla.* 4. *ff. hoc tit.* Cum autem ista locutio nullum omnino idoneum sensum habeat (quis enim ita unquam locutus est, conventioni nulla subest causa propter conventionem, & quid hoc significat?) illi tamen hunc, si diis placet, sensum verba ista habere dicunt, cum nihil omnino subest, ex quo qui convenerunt, moveri potuissent, ut convenirent. quanquam non videntur diffiteri; potuisse hoc exprimi elegantius. Nimirum necesse est vitiosos eum habere oculos, qui in luce tam perspicua caligat. Constat utique duplicem apud Ulpianum in *d. l.* 7. §. *sed cum nulla.* 4. *hoc tit.* occurere lectionem; in plerisque

risque codicibus legi hoc modo, *Sed cum nulla subest causa, præter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem.* In codice Florentino sic, *Sed cum nulla subest causa propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.* Cum verò nullæ sint omnino in Pandectarum Florentinarum archetypo distinctiones, nulla punctorum notatio, nulla dictionum intervalla, referente hoc inter alios Angulo Politiano teste oculato *misc. 41.* ac proinde ponere nobis ea, si docet ratio, & posita undecunque expungere liberum sit, auctore Augustino *lib. 1. emend. 2. q. 8.* si quis lectionem Florentinam urgeat, cum eo tantum mihi lis erit de verborum interpunctione. Gothofredus & Pacius lectionem exemplaris Florentini secuti ita locum interpunxerunt, *Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat* &c. relicta, ut verosimile est, per negligentiam nota distinctionis eo loco, ubi in aliis codicibus posita est, in quibus non *propter*, sed *præter* legitur: nam & in margine hoc notant alias legi *præter.* Franciscus autem Taurellus & Ludov. Charondas, quod & sermo-
nis

nis ratio, & mens atque sententia Jurisconsulti exigebat, locum sic interpunctum ediderunt, *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hîc constat non posse constitui obligationem*. Sive autem legas *prater* sive *propter*, commate ante hanc particulam posito, plana erit & recta oratio, eademque Jurisconsulti sententia, nimirum hæc, cum conventioni nulla alia obligandi causa subest præter conventionem, propter conventionem solam non constitui obligationem: quod & prorsus evincitur ex tota disputatione Jurisconsulti. Cæterum & hîc effugium eis paratum video: Nam dicent haud dubiè tunc conventionem apud Ulpianum *d. loco* non significare pactionem sive plurium in idem placitum consensum; sed nescio quid aliud, quod non sit pactum, nisi κατὰ τὸ λέγεσθαι.

16. Largimur ultro pactum nudum esse conventionem, quæ placiti fine stat: sic enim definitur *l. 27. C. de locat.* At quid hoc est, fine placiti stare? Opinor fines & terminos placiti non egredi, nihil esse amplius quam placitum; placitum tamen & conventionem seu pactionem, id est, duorum vel plurium

in

in idem consensum, aut quod duobus vel pluribus dari vel fieri placuit: hæc enim esse ἰσοδυναμοῦντα infinitis locis ostendi potest. *l. vix certis. 53. ff. de judic. l. 4. ff. de servit. l. si filia. 20. §. 3. ff. famil. ercisc. l. si divisionem. 15. C. eod. l. si plus. ff. de evict. l. divisionis. 45. ff. hoc tit. l. 8. l. si pacto. 14. l. cum proponas. 21. l. si certis. 27. C. eod. l. 7. l. si diversa. 14. l. cum proponas. 17. l. si profundo. C. de transact. l. pen. ff. eod. l. 3. l. 4. C. de rer. permut.* Sic ex converso placitum usque ad pactum stare dicitur, cum traditio secuta non est. *d. l. si divisionem. C. fam. ereisc.*

17. Cum igitur nudum pactum sit conventio, qua quid dari aut fieri inter plures placuit, licet placiti fines non excedat; tamen re vera & propriè tam pactum est, quam quod vestitum D D. appellant, pactique definitio non minus pacto nudo, quam vestito competit. Nudum vero nihilominus erit, etiamsi deliberato animo initum sit, deque eo constet, ut in specie *l. si certis. 28. C. hoc tit.* ubi ex temporaria illa præstatione satis apparet seriam fuisse promittentis voluntatem. Denique temerariæ, inconsultæ, jocula-

culatoriæ aut simulatæ, aulicæ, & officiosæ adulationis promissiones ne nomen quidem pacti merentur.

18. Bearunt illi auctorem incertum revelatione ingentis mysterii, cum eum docuerunt, qua in re pollicitatio à voto, utrumque à pacto differat; æquum igitur est, ut eos paris alicujus arcani promulgatione remuneretur. Nuper ille, cum Eleusinem viseret, ex phano legiferæ Cereris hæc reportavit, latere in illo Virgilii, *Ipse pater famulam voveo* &c. nescio quid occultioris doctrinæ, & quod argumento sit, eum juris fuisse peritissimum. Nam etsi votum species est pollicitationis, quam ob causam summus juris antistes sub titulo *de pollicitationibus* etiam de votis tractaverit (quod forte illi à nemine audiverunt) illud tamen in voto præcipuum esse, quod soli patresfam. ex eo obligentur tanquam actu solenni: filius autem familias aut servus sine patris dominive auctoritate non obligentur. Ecce igitur, quam recte & rationi juris convenienter Poëta. Ille verò redux vota Cereri nuncupata solvit faciens bienni verre. Hæc pro incerto illo auctore; cujus defen-

fensionem & patrocinium non tam ideo suscepi, quia me eum esse, & per latus illius me palam peti quidam suspicantur, quam veritatis tuendæ gratiâ.

CAP. VI.

De vi nudarum conventionum.

1. *Ex nudo pacto, quamvis serio, jure nostro actionem non nasci multis argumentis ostenditur.*
2. *Respondetur objectioni sumptæ ex l. 1. pr. hoc tit.*
3. *Ius civile Romanorum quibusdam conventionibus vim coactricem detraxit. & quare.*
4. *Multa civiliter justa, quæ naturaliter iniqua, si ex meris juris naturæ præceptis æstimentur.*
5. *Exponitur l. cum mota. 6. C. de transact.*
6. *Declaratio l. solent. 15. de præscr. verb.*
7. *Declaratur locus obscurus in l. 3. §. quinimo. 4. de condict. caus. dat. & occurritur objectioni ex eodem loco sumptæ.*

8. Si

8. *Si ex pacto daretur actio, cum constat de animo deliberato, etiam quando de eo non constat, danda esset.*

1. NUda conventio seu pactum nudum, quamvis serium, eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex eo actio detur. *Ex nudo pacto*, inquit Paulus, *inter cives Romanos actio non nascitur. lib. 2. sent. tit. 14.* & Imperatores in *l. si tibi. 27. C. de locat. si conventio*, inquiunt, *placiti fine stetit, ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse.* Seneca *lib. 5. de benefic. c. 10.* de lege civili & promissione non solenniter facta loquens, *Qua lex*, inquit, *ad id præstandum nos, quod alicui promisimus, obligat:* Denique nihil in libris nostris est vulgatius hac juris regula, Ex conventione, ex pactione nuda, ex nudo pacto, ex pacto actionem non nasci. *l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. & seq. l. divisionis. 45. ff. hoc tit. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. legem. 10. l. cum proponas, 21. l. si certis. 28. C. hoc tit. l. sive apud. 28. C. de transact. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 5. C. de inut. stipul. l. 2. C. de evict. l. 3. C. de rer. permut.* Et hinc est, quod passim indebitum

bitum vocetur, quod pacto promissum est. *l. 5. §. 2. ff. de solut. l. si certis. 28. C. hoc tit. l. si non sortem. 26. pr. ff. de condict. indeb.* & quod omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nascatur, auctore Paulo *lib. 2. sent. tit. 22. §. ult.* Ex his jam luce meridiana clarius apparet, non omnem conventionem, non omne pactum, quantumvis serium, licitum & honestum, jure Romanorum obligationem & actionem producere: nisi quis putet conventionem aut pactum nudum veteribus pactum esse jocularium aut lusorium, id est, conventionem aut pactum non esse; & cum veteres ajunt, ex pacto nudo, & simpliciter ex pacto actionem non nasci, hoc significare, ex non pacto non nasci actionem. quod quam ridiculum sit, nemo non videt. Tot locis, quot modò allegavi, proditum est, & proverbii vice olim jactatum, ut indicant Imperatores in *l. legem. 10. C. hoc tit.* ex pacto actionem non nasci: nullo autem juris loco traditum est, ex solo pacto licet justo, actionem nasci, nisi exceptivè, aut addito *interdum*, & nimirum tunc, cum vel speciatim jure civili aut prætorio

ad

ad efficacitatem obligandi confirmatum est, *l. 6. l. si tibi. 17. §. 2. ff. hoc tit. l. 1. ff. de constit. pecun.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectum, *l. juris gentium. 7. §. quinimo. 5. ff. l. in bonæ. 13. C. hoc tit.* Quæ pacta etiam suo sensu possunt dici non nuda. Quod si ex quovis serio pacto oriretur jure civili actio, cur prætor non alias ex pacto actionem de pecunia constituta dat, quam si constituatur, quod jam ante debitum fuerat? *d. l. 1. ff. de pecun. constit.* an quia propter debitum præcedens hic constat de deliberato animo? Quare igitur de aliis rebus constitutoriam non dedit, quam quæ pondere, numero, mensura constant? *l. 2. C. eod. tit.* aut si causa subsit constituto, quid opus fuit prætorem ex sua jurisdictione actionem comparare, cum ex conventionibus, quibus subest causa, nascatur actio jure civili? *l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* Denique quid tam insulsum, quam quod quidam, interrogati, si pactum quodlibet ad obligandum sit efficax, quid opus fuerit speciatim ex pacto donationis necessitate juris adstringere donatorem, quod primus fecerit Justinianus, respondent, constitutione Justiniani

fingi

fingi donationi subesse causam, voluntatem sc. exercendæ liberalitatis. Quasi verò Justinianus etiam ubi donandi animus abest, eum finxerit adesse; ac non potius quia donator voluntatem suam aperte ac verbis in præsens conceptis declaravit, eamque gratam ac ratam habuit donatarius, jure civili quoque obstrictum esse voluerit, qui jure gentium se manifestè obstrinxerat. Imo omnis nudæ conventionis confirmatio hoc velut συναίτιον habet. *fac. l. 1. ff. de pecun. constit.* Postremo si cujuslibet justi pacti ea vis esset jure civili, ut actionem pareret, etiam actionem κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον tolleret, *arg. l. 6. eod. junct. l. Arrianus. 47. de O. & A. l. prout. 80. l. Stichum. 95. §. 4. de solut.* quod tamen secus esse constat. Hæc tam aperta & clara sunt, ut qui contra disputant, non tam de veritate juris, quam de potestate conditoris disputare videantur, quasi ille ita meris juris gentium præceptis alligatus esset, ut nihil iis addere aut detrahere valeat. Videamus tamen, quæ in contrarium afferantur. Ajunt grave esse fidem fallere, nihilque tam congruum esse fidei humanæ, quam placita servare.

vare. *l.1.ff. hoc tit.* Fateor: eſt enim fides rerum humanarum coagulum, ſanctiſſimumque humani pectoris bonum. Unde Silius Italicus;

Ante Iovem generata, decus divumq; hominumque,
Qua ſine non tellus pacem, non æquora norunt:
Iuſtitiæ conſors, tacitumque in pectore numen.

2. Cæterum generalis illa definitio pertinet ad vim, quam omnes juſtę conventiones & pacta habent jure gentium: quippe quo jure etiam ex nudo pacto adſtringimur ad præſtandum id, quod pacto promiſſum eſt, propter naturalem ſcilicet obligationem, quæ ex pacto & fide data oritur: eoque pertinet illud Pauli in *l. cum amplius. 84. §. 1. ff. de reg. jur. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem ſecuti ſumus.* Et quia hæc obligatio conſcientias hominum devincit, cum ſit vinculum naturæ & æquitatis, *l. Stichum. 95. §. 4. ff. de ſolut.* ſequitur ei etiam ineſſe moralem aliquam neceſſitatem, id quod Paulus in *d. l. 84. §. 1.* ſignificat verbo *oportet.* & grave eſſe hîc quoque fidem fallere, quamvis ponamus

mus nullam hic esse respectu fori exterioris necessitatem.

3. Quanquam autem hoc ita est ex jure gentium, ut omnes honestæ conventiones servari debeant: tamen jus civile Romanorum non æque cogit invitos ad omnium conventionum observantiam, sed utilitatis causa quibusdam conventionibus vim coactricem detraxit, ut hic sola paciscentium fide staretur, ne si ex qualibet conventione actio & judicium in invitos daretur, nimia litium oriretur multitudo: vel potius, quia Romani juris conditores honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius existimaverunt, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & obligationum necessitate adstringere. In necessitatibus enim nullus est virtuti locus, quæ ex libera potius voluntate ac bona fide pendet, quam ex aliqua coactione, teste Aristotele *3. Ethic.* Quis enim laudabit eum, qui depositum reddidit, aut quod debebat, citra judicium solvit? Augustinus laudans factum Sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei postea

ſtea natos, quæ ille Eccleſiæ donaverat, *In poteſtate*, inquit, *habebat Epiſcopus non reddere, ſed jure fori, non jure poli. c. ult. cauſ. 17. quæſt. 4.* Nullam autem laudem meruiſſet Aurelius, ſi ad reddendum jure fori fuiſſet obſtrictus. Atque hoc ipſum puto ſignificare voluiſſe Ciceronem *lib. 2. de invent.* cum ait, *Pactum eſt, quod inter aliquos convenit, quod jam ita juſtum putatur, ut juri præſtare dicatur.* Cui ſimile illud apud Cornificium *ad Herenn. lib. 2. Pacta ſunt, quæ ſine legibus obſervantur ex conventione, quæ juri præſtare dicuntur.* quo haud dubiè id ſignificatur, pacta legibus ipſis juſtiora & præſtantiora eſſe exiſtimari, quoniam in his implendis atque obſervandis probitas cujuſque & fides elucet; quæ bonis viris pro lege ſit, & omni jure antiquior. Nimirum anguſta innocentia eſt, ſecundum leges bonum eſſe. Multa legem non habent, nec actionem. Quanto latius patet officiorum, quam juris regula? Quam multa pietas, humanitas, fides, liberalitas exigit, quæ extra tabulas ſunt? Hæc Seneca *lib. 5. de benefic.* Futile verò eſt, velle jus civile ad mera juris gentium præcepta exigere con-

tra definitionem *l. 6. ff. de justit. & jur. l. bona fides. 31. ff. depos.*

4. Multa sunt civiliter justa, quæ naturaliter iniqua, si ex meris præceptis juris naturæ aut gentium æstimentur; qualia literarum obligatio, usucapio, præscriptiones temporales. Sæpe etiam quid irritum facit jus civile, quod naturaliter obligaret, verbi gratiâ, jure naturali seu gentium tenetur quisque reddere quod mutuò accepit: at jure civili excusantur filiusfa. & minor 25 annis. Jure gentium unusquisque ex sponsione sua obligatur, jure civili excipitur mulier pro alio spondens. Itaque isti, licet naturaliter obligati sint (non enim vel patria potestas, vel ætatis sexusve imbecillitas jus naturæ dissolvere possunt) tamen civiliter non tenētur. In materia successionum quam longè recedit lex 12 tabularum à simplicitate juris gentium? Apud nos locatio prædiorum rusticorum efficax non est, nisi interveniente instrumento locationis. Imo nulla in civitate mero jure gentium vivitur, & vix ulla est, aut fuit, in qua longius ab eo jure recessum, quam in Romana, ut infinitis argumentis probari potest: quæ si cum aliis

aliis populis ſtrictius jus gentium coluerit, id neceſſitatis fuit, ceſſante videlicet legum Romanarum auctoritate. Et verò, ne tempus teram in removendis jejunis quibuſdam objectiunculis, cur lege civili hoc conſtitui nequeat, ut non niſi ſub certo modo ac forma obligatio, quæ quidem efficax ſit ad agendum, ex conſenſu naſcatur?

5. Objiciunt tamen & locos quoſdam petitos è corpore juris, ex quibus colligunt, etiam jure Romano ex qualibet deliberata conventione actionem naſci. Loci ſunt *l. cum mota. 6. C. de tranſact. l. ſolent. 15. ff. de præſcr. verb. l. 3. §. 4. ff. de cond. ca. dat.* Θεμαλισμὸς *d. l. cum mota.* hic eſt. Mater à filio immeritò exheredata aut præterita tranſegit cum ſcripto herede, adverſum quem querelam moverat inoffícioſi, hac lege, ut accepta certa parte bonorum, de quibus agebatur, à lite diſcederet. Ea prius quam quicquam acciperet, in eadem perſeverans voluntate deceſſit. Cum portio promiſſa filiis iiſdemque heredibus matris non præſtaretur, quæſitum eſt primò, poſſintne filii omiſſam à matre querelam redintegrare; deinde ſi non poſſint, an

non ſaltem aliud remedium iis paratum ſit adverſus placita non ſervantem. Ad prius reſpondet Imp. Alexander, omiſſam ſemel querelam inſtaurari ab heredibus matris non poſſe. Ad alterum, ſi ſtipulatio conventioni ſubdita fuerit, ex ſtipulatu actionem competere, aut ſi omiſſa ſit verborum obligatio, tum actione præſcriptis verbis diverſam partem, ut promiſſa præſtentur, poſſe conveniri. Igitur, inquiunt, quod tranſactionis cauſa promiſſum eſt, etſi pacto tantum & citra ſtipulationem, id nihilominus peti poteſt, & competit eo nomine præſcriptis verbis actio. Reſpondeo, non eſt in ſpecie hîc propoſita pactum aut conventio nuda, ſed talis, quæ nudi placiti terminos egreditur, quippe cui accedit & alia obligandi cauſa præter conventionem, & quæ ſic conſtituit contractum innominatum. Nam præterquam quod matri tranſigenti pars bonorum promiſſa eſt, fecit etiam mater, ut eam partem acciperet. Promiſit ſe à lite diſceſſuram, quod & re implevit: morte enim ſua & ſilentio ſic finivit litem de inofficioſo, ut ab heredibus ejus non poſſit inſtaurari. Ubi autem

pactum,

pactum, quamvis transactionis causa interpositum, intra terminos placiti consistit, nulla ex eo jure nostro actio nascitur. *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. sive apud. 28. C. de transact. Hotom. Don. post Gloss. & DD. comm. ad d. l. cum mota.*

6. Alter locus, qui objicitur, est *l. solent. 15. ff. de praescr. verb.* ubi ita Jurisconsultus; *Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur; videamus, an possit agere. Et quidem,* inquit Jurisconsultus, *ista conventio non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri: sed habet in se negotium aliquod:* ergo, inquit, *civilis actio oriri potest, id est, praescriptis verbis,* &c. Igitur, inquiunt, hic ex sola conventione & pacto conceditur actio, negaturque adeo conventionem eam nudam esse, quae in se negotium aliquod habet. Atqui, inquam, Jurisconsultus expressè negat in specie à se proposita ex pacto, id est, ex solo pacto, actionem nasci; aitq; conventionem istam habere in se aliquod negotium, unde civilis oriatur actio. Per negotium ergo haud dubiè

intelligit causam aliquam accedentem ad conventionem, quæ sit fundamentum συναλλάγματ☉- & actionis civilis, ut ipse hoc alibi explicat. *l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* atque in proposito factum seu indicium actoris præmium pro eo promissum petentis. Itaque cum ait Jurisconsultus, *videamus an possit agere*, perinde hoc est, ac si dixisset, videamus an qui suscepit se indicaturum esse servum fugitivum, is postquam indicavit, pactum pro indicina præmium petere possit. Qua enim actione quove colore indicii mercedem quis petat, antequam indicavit? Nimirum Jurisconsultus actionem concedens supponit actorem, quod recepit implevisse, quo subsecuto conventio desinit esse nuda, & incipit in se habere negotium aliquod, quod ad conventionem accedens initium obligationi præbet constituitque contractum innominatum. Neque ulla hic aut æquitas aut honestas vel naturalem ex jure gentium obligationem producit: imò contra obstat etiam ipsa hujus juris ratio. Sed & illi ipsi, qui hunc locum objiciunt, fatentur non ante ex hujusmodi conventione cum effectu agi posse, quam

res

res secuta sit, licet obligatio statim nascatur: in quo tamen & ipso errant, cum hic desit fundamentum obligationis, ut plenè demonstrabitur *c. 8.*

7. Tertius locus est Ulpiani in *l. 3. §. quinimò. 4. ff. de cond. caus. dat.* Verba hujus loci sunt; *Quinimo etsi nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem, defuncto quoque eo.* Primum quæro, qualis sit illa condictio, quam ait ex contractu proposito nasci? Non utique condictio ob causam dati causâ non secuta, de qua conceptus est titulus, cum nihil datum proponatur, sed tantum placitum, ut daretur, & condictio ex notissimo juris usu, præsertim in hoc tractatu, significet alicujus rei, quæ à nobis profecta sit, repetitionem. Dices Jurisconsultum intelligere actionem præscriptis verbis. Jam iterum quæro, ubi actio præscriptis verbis in jure nostro appelletur condictio? Imò à condictione perpetuò distinguitur. *l. 5. §. 1. & seq. ff. de præscr. verb.* tum condictio vulgare est & usitatum actionis nomen, certam solennemque formulam habens; cujusmodi

actionibus deficientibus demum actio præscriptis verbis datur. *l. 1. l. 2. & seq. d. tit.* Sed concedamus Jurisconsultum intelligere actionem præscriptis verbis, quid hac actione persequemur, certamne summam, quæ promissa sit? Minimè: sic enim diceremus ex hujusmodi contractu competere certi condictionem ad rem, de qua conuenit, petendam, uti ex mutuo, cæterisque caussis & obligationibus, ex quibus certum petitur. *l. certi condictio. 9. ff. de reb. cred.* quod falsum est. Nam præscriptis verbis actio non solum nomine & titulo actionis incerta est, sed etiam rei petitione, competens in id solum, quod interest, etiamsi de re certa danda convenerit. *d. l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscr. verb. l. 4. & 2. seqq. C. de rer. permut.* id autem, quod interest, incertum esse constat. *l. si pœnam. 68. de verb. obl. l. quatenus. 24. de reg. jur.* unde etiam actio hæc incerta. *l. 6. C. de rer. permut. l. 3. C. de inut. stipul.* & passim actio incerti dicitur. *l. 7. §. 2. ff. hoc tit. l. 6. l. 8. & l. seq. ff. de præscr. verb.* Itaque in actione præscr. verb. non servatur lex communis obligationum dandi, ne tum quidem, cum dedi aut feci, ut dares.

res. Revertamur jam ad propositum: Si ex hac conventione, *dabo tibi decem, ut Stichum intra mensem manumittas*, Sticho ante manumissionem intra mensem mortuo, tibi competit actio præscriptis verbis; ea autem actio non competat, nisi in id, quod interest, sequitur necessario ex sola conventione hic actionem non dari: sed ita demum, si is, cui actionem dari volumus, vel fecerit jam aliquid, quo quid ei absit, quod alioqui facturus non fuerat, puta si jam sumptus fecerit necessarios in profectionem ad prætorem; vel non fecerit, puta servum non vendiderit, quod alioqui facturus erat. per *l. 5. in pr. & §. ult. ff. de cond. caus. dat.* ut quibus casibus & quatenus cessat condictio sive repetitio, si datum quid sit, iisdem casibus & eatenus competat actio præscriptis verbis, si promissum tantum, non datum. Utique cum quatuor tantum sint contractus innominati, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, necesse est, si speciem propositam, ad unum ex his quatuor referri volumus, ut datio vel factum aliquod ab una parte intervenerit, quod ipsa nomina demonstrant: nam

dabo ut facias, vel faciam ut des, non eſt contractus, non magis quam pactum de vendendo venditio, de locando locatio. Itaque cum in contractibus innominatis obligatio non à ſimplici conventione, ſed à datione aut facto ad conventionem accedente naſcatur & incipiat. *l.1.§.2.ff. de rer. permut. l.3. C. eod.* niſi quid hìc turbatum à Triboniano, quod putat Ant. Faber *in ration.* dicendum eſt locum pertinere ad contractum innominatum *facio, ut des*. Quid ſi dicamus in ſpecie propoſita cauſam, ob quam dari placuerat, pro impleta haberi, propterea quod caſu fortuito factum, ut impleri non potuerit. Sanè ubi jam quid datum eſt ob cauſam, cauſa pro impleta plerumque habetur, quoties per eum, qui accepit, non ſtetit, quo minus cauſam impleret: & ſic ex caſu fortuito liberatio ſequitur, ceſſatque ob cauſam dati condictio. *l. 3. §. quid ſi ita. 3. ff. de cond. ca. dat. l. pen. C. eod. l. 5. §. 1. verſ. ſed ſi ſcyphos. ff. de praeſcr. verb. l. 1. §. Divus. 13. de extraord. cogn.* Hæc etiam eſt communis interpretum ſolutio.

8. Effectum igitur eſt, inter cives Romanos ex nuda conventione actionem

nem non nasci, licet ex causa honesta facta sit, serioque ac deliberato animo inita, ut ut etiam de eo constet. Quod si enim actio ex eâ daretur, cum constat de animo deliberato, etiam quando non constat interim danda esset, ut fit in cæteris causis omnibus, ex quibus obligationes & actiones nascuntur; permittendumque actori probare conventionem intervenisse, quo probato induci deberet præsumptio, seriò quoque interpositam fuisse: alias quælibet conventiones & pacta passim eludi possent. Et quidni etiam permitti oporteret actori jusjurandum in judicio reo deferre, quemadmodum alias fieri solet, præsertim ubi quid asserendum est, quod latet in conscientia ejus, cui defertur jusjurandum? Neque enim soli Deo notum, serióne promissio aliqua facta sit, an secus, verum etiam promittenti.

CAP.

CAP. VII.

Aliarum gentium & hodie moribus nostris, & canonum jure etiam ex nuda conventione actionem dari.

1. *Iure naturæ & gentium pacta quævis seria obligationem efficacem parere.*
2. *Francisci Connani contraria sententia refellitur.*
3. *Apud alias gentes ignotam fuisse illam Romanorum inter pactum & stipulationem &c. distinctionem.*
4. *Etiam jure Canonum quamlibet conventionem efficaciter obligare.*
5. *Cujacii & aliorum errores deteguntur.*
6. *Moribus quoque hodiernis pacti simplicis eandem vim esse, quæ est stipulationis jure civili.*

1. ETsi conventiones nudæ, quantumvis voluntate sufficienter significata, legum Romanarum vinculis adstrictæ non sunt, ad earum tamen observationem naturæ & gentium jure adstringimur: Nihil enim æquitati natu-

naturali magis consentaneum est, quam stare conventis, placita, fidemque servare; quod etiam prudentum responsa declarant. *l. pr. ff. hoc tit. l. 1. ff. de pecun. constit.* Imo jure quoque civili Romanorum quælibet justa pactio obligationem parit naturalem: eaque obligatio, si unam dempseris actionem, eosdem effectus jure Quiritium habet, quos habet obligatio naturalis & civilis simul, de quo agemus postea: unum tantùm hîc exempli causa proferam, si ex pacto quid solutum sit; licet enim id solutum sit per errorem, tamen ejus non datur ne jure quidem nostro, repetitio; nempe quia antea naturaliter debebatur. *l. naturales. 10. ff. de oblig. & act. l. 7. ff. de fidejuss.* & hoc quoque significat Paulus in *l. cum amplius. 84. §. 1. ff. de reg. jur.* cum eum ait natura debere, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. Agit enim illic de condictione indebiti, quæ cessat, si quid ex qualicunque pacto solutum sit; quia jam ante re adhuc integra naturæ ac gentium jure dari oportebat.

2. Itaque minimè admittenda est sententia Francisci Connani *lib. 1. comm. c. 6. Et 5. c. 1.* fatentis quidem consen-

taneum

taneum eſſe æquitati naturali, & honeſtum, pacta ſervare, negantis tamen id eſſe neceſſarium, & negantis in univerſum ea pacta, quæ non habent συνάλλαγμα, jure naturæ ac gentium ullam inducere obligationem, præterquam pudoris & verecundiæ. Certè Pauli noſtri longe alia mens fuit, qui eum, cujus fidem ſecuti ſumus, pronunciat jure gentium dare oportere; quo verbo utique vinculum juris & moralis ſignificatur neceſſitas. Marcus quoque Tullius *lib. 1. de offic.* tantam promiſſis vim tribuit, ut fundamentum juſtitiæ fidem appellet. Neque vero ratio ulla reperiri poteſt, cur leges, quæ quaſi pactum commune ſunt populi, quo nomine à Demoſthene adverſus Ariſtogitonem, & à Papiniano noſtro *l. 1. ff. de legib.* appellantur, obligationem pactis addere poſſent; voluntas autem cujuſque hoc ſeriò agentis, ut ſe obliget, idem non poſſit. Admiſſa denique Connani ſententia, ſequeretur nullam inter reges & diverſos populos pactorum, quamdiu nihil ex iis præſtitum eſt, jure gentium vim eſſe, præſertim iis in locis, ubi nulla forma fœderum aut ſponſio-

num.

num reperta est, ut rectè Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 11.*

3. His accedit, quod omnium aliarum gentium moribus, conventiones omnes & pacta etiam, quæ nuda appellamus, obligationem & actionem produxerunt. Nam neq; apud Græcos, neq; ullam aliam gentem, præter Romanos, nota fuit subtilis illa differentia inter pactum & stipulationem. Romanorum sunt hæc tam multa & distincta quasi rerum diversarum vocabula, ad anxiam quandam formularum superstitionem adstricta, pactum, stipulatio, constitutum, actio constitutæ pecuniæ, recipere, receptitia actio: quæ discrimina jus naturæ ignorat. Quin & Paulus Jurisconsultus ipse hoc fateri videtur *lib. 2. sent. tit. 14.* cum ait, *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur.* quasi dicat non negare se, quin jure gentium & naturæ inter alios populos imperio Romano non subjectos actio ex pactis nascatur. Idem quoque haud obscurè innuunt Imperatores in *l. si tibi. 27. C. de locat. Si conventio*, inquiunt, *placiti fine stetit*, (id est, si stipulatio non intervenerit) *ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non*

non posse. quasi dicant, etiamsi maxime aliarum gentium jure nascatur: & ideo stipulatio pactis subjici debebat, ut ex stipulatu actio nasceretur. Paulus *d. lib. 2. tit. 22. §. ult. d. l. si tibi. 27. C. de locat. l. petens. 27. C. hoc tit.*

4. Jure quoque Canonum pacta quælibet, efficaciter obligare atque actionem producere, communis est Canonistarum sententia. *Felin. in c. 1. n. 5. & 6. ext. de pact. Panorm. & Imol. ibid. Covar. in c. quamvis. eod. in 6. p. 2. §. 4.* quam ego sententiam veram quoque esse non dubito, quicquid reclament recentiores quidam interpretes, inter quos *Alciat. lib. 5. paradox. 3. Connan. 5. comm. 3. Ant. Fab. ad l. juris gentium. 7. §. ait prætor. 7. ff. hoc tit.* moveorque his rationibus. In *d. c. 1. ext. hoc tit.* (quod sumptum ex concilio Carthaginensi) ita loquitur Antigonus Episcopus; *Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus Ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi, Pax servetur, pacta custodiantur.* Ait Antigonus *conventus*: loquitur ergo non de eo, qui alium voluit pacto liberare; cujusmodi pacta etiam prætor servat data exceptione; sed de

eo,

eo, qui se alteri obligavit, de qua obligatione implenda conventus erat: ac proinde de pacto ad obligandum comparato; cui generi pactorum prætor δυύαμιν αὐαγκαςικὴν, quam jus civile iis detraxit, non restituit. In *d. c.3. ext. eod.* ait Pontifex Romanus; *Studiosè agendum est, ut ea, quæ promittuntur, opere compleantur*. Ecce non ait, quando quis pactus est, ne petat, quod est pactum liberatorium pariens exceptionem etiam jure civili: sed quando quis ex promissione se obligavit, quod pactum est obligatorium, jure civili ad agendum inefficax. Argumento etiam est inscriptio ex Gregorii registro, *Iudex debet studiosè agere, ut promissa adimpleantur*. Et ergò agitur de eo, qui apud judicem convenitur, ut faciat id, ad quod pacto se obligavit: est enim titulus ille *de pactis*. His adde quod præsumendum est, auctores juris Canonici in casu conscientię, ne peccatum foverent, secutos esse jus naturale & divinum: utroque autem illo jure pactiones quælibet firmæ sunt ac validæ.

5. Fallitur ergo Cuiacius, asserens Peliam eos lavare, qui contendunt jure Pontificio ex qualibet justa conventione,

tione, etiam nuda, nasci actionem, quasi inquit, amplius quid diceret Pontifex, quam dicit prætor in *l. juris gentium. 7. §. ait prætor. 7. ff. hoc tit.* Pacta quidem servari debent jure pontificio, inquit, sed suo nempe modo, ut ea servat prætor, data videlicet exceptione, non actione. Malè. Nam, uti jam ostendimus in utroque illo capitulo agitur de eo, qui in judicium vocatur, ut quod pacto promisit, impleat: & porrò igitur etiam futile est, quod alii objiciunt, inter jus Canonicum & civile non esse introducendum discrimen sine canonis alicujus auctoritate. *c. 1. & 2. ext. de oper. nov. nunt.* Jam enim duos expressos canones allegavimus. Obstat tamen, inquiunt, quod in *d. c. 1. ext. hoc tit.* pœnæ excommunicationis subjicitur, qui non præstat id, ad quod se pacto obligavit. Imò contra rectè arguas: si adversus eum pœna excommunicationis ob fidem non impletam statuitur; multò magis adversus eum, si obnoxius sit ulli foro seculari, judicium in illo foro institui poterit, quod est levius. Unde etiam statim in *d. c. 3. ext. eod.* Gregorius judici seculari id mandat ut pacto pro-

missa

missa curet impleri judicio in eam rem dato. Falsum autem est, quod quidam ajunt, pœnæ excommunicationis tunc demum locum esse, ubi ordinarium remedium deëst, per *c. novit. 13. ext. de judic.* Nam in *d.c. novit.* Pontifex duntaxat Ecclesiasticam censuram stringit & exercet in regem Galliæ Philippum, qui Angliæ regem pace fracta & fide rupta offenderat: quia Rex Franciæ omnibus in regno suo major, judicio civili aut actione aliqua instituta conveniri non poterat: cum reges jus in armis positum habeant. nec aliud statuitur *d. c. novit.*

6. Et communem hanc Canonistarum sententiam, aut potius expressos juris canonici textus, sequuntur hodie mores nostri, daturque hodie etiam ex nudo & simplici pacto actio: pactisque eadem vis tribuitur quæ est stipulationis jure civili: *Gud. lib. 3. de jur. nov. c. 5. Grot. lib. 3. introd. ad jurispr. Bat. c. 2.* sicut & pleraq; alia ad simplicitatem juris gentium redacta sunt. Tantum meminerimus distinguendas esse promissiones serias, meditatas & constantes, ab inconsideratis, temerariis, atque aulicis, cum quis non dispositivè, ut loquun-

quuntur, nec seriò, sed vel narrativè, vel per jocum & aliud agens, aut officiosè adulans aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non etiam ex his actio detur. Porro jus Canonicum & mores hodierni in talibus pactis etiam per actionem servandis summa nituntur ratione. Quid enim? utimur hodie tantum præceptis naturalibus & gentium, solennibus illis & scrupulosis juris civilis sublatis. Naturæ autem humanæ nihil magis congruit, quam fidem promissorum servare, ut fiat, quod dictum est, sive nudis verbis, id est, nudo pacto, sive verbis solennibus, id est, stipulatione fides data sit.

CAP. VIII.

De conventionibus non nudis, quæ vulgò pacta vestita.

1. *Quid sit conventio non nuda, & quibus ex notis cognoscatur.*
2. *Contractus quid sit.*
3. *Cur contractus nominati certo jure actionem producant, & cur ita appellentur.*

4. An

4. *An permutatio contractus nominatus.*

5. *An actio æstimatoria descendat ex contractu nominato.*

6. *Transactio nec nomen contractus est, nec species.*

7. *Contractus innominati, eorumque species.*

8. *Quid nomine causæ nostri intelligant, cum ajunt etiam ex conventione innominata, cui modo causa subsit, actionem nasci.*

9. *Illustratur res exemplis.*

10. *Falsum esse, quod quidam tradiderunt, causam in proposito significare id, quod paciscentes movit, ut convenirent. & N°. 19.*

11. *Posita pura & efficaci obligatione, necessario ponitur & actio efficax.*

12. *Actionem præscriptis verbis dari non posse ei, qui nihildum fecit aut præstitit.*

13 *Refutatur futilis quædam distinctio inter obligationem & actionem, quæ nascatur jure conventionis, & eam, quæ ex perfectione & secundum perfectionem contractus.*

14. *Eadem clarè refellitur per l. 3. C. de rer. permut.*

15. Item

15. *Item per l. divisionis.45. hoc tit.*
16. *Item per l.contractus.17.sub fin.* C. *de fid.instr.*
17. *Nemo ab obligatione semel constituta invito adversario recedere potest. &* N°.*23.*
18. *In conventionibus innominatis, quod datur aut fit, non dari aut fieri ob causam præteritam, seu ex necessitate obligationis nata ex sola conventione, sed ob causam futuram, ut accipiens illa datione* &c. *efficaciter obligetur.*
20. *A conventione nominata ad innominatam non procedit argumentatio.*
21. *Natura contractuum innominatorũ.*
22. *Pœnitentiam non admittunt contractus innominati, qui finiendarum litium gratia fiunt.*
24. *Definitio contractus à Labeone tradita l.19. de verb. sign. non contractus omnes, sed ἀπλοῦς tantum complectitur.*
25. *Contractum à Theophilo minus rectè definiri.*
26. *Nec pacta legitima, nec ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed manere pacta nuda, si per se spectentur.*

27. Gra-

27. Græcos quosdam pacta legitima à nudis segregare, contractibus adjecta non item.

1. Conventio non nuda sive vestita est, quæ puri placiti fines egreditur. Id autem duabus ex notis cognoscitur, si proprium conventio nomen sortita sit, vel si conventioni subsit causa agendi, quod ab Aristone Mauriciano, & Ulpiano in *l. juris gentium. 7. §. 2. hoc tit.* appellatur συνάλλαγμα: alibi negotium dicitur *l. solent. 15. ff. de præscr. verb.* & negotium civile. *l. 1. ff. de æstim. act.* Atque hæ conventiones uno verbo appellantur contractus, & jure quoque nostro obligationem & actionem producunt.

2. Contractum igitur sic definio; Contractus est conventio habens proprium nomen, aut eo deficiente causam. Definitio tantum non iisdem verbis tradita in *d. l. juris gentium. §. 1. & 2. hoc tit.* Itaque duo sunt harum conventionum genera, unum earum, quæ speciale nomen habent; alterum earum, quæ carent.

3. Prioris generis sunt emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum,

datum, commodatum, depoſitum, & cæteri ſimiles contractus: qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, obligationemque & actionem certo jure producunt; non utique propter nomen, quod extrinſecum quid eſt atque accidens, ſed propter utilitatem commercii, cujus indicium eſt, quod certo ac proprio nomine appellantur, ut hoc explicat Donell. *lib. 12. comm. c. 9.* Nimirum etſi nomen ad eſſentiam aut vim conventionis nihil facit, vim tamen ejus arguit à poſteriori. Utilitas fecit, inquit Donellus, ut conventio eſſet in uſu communi: uſus conventioni nomen peperit. Utilitas cauſa eſt obligationis conſtituendæ, nomen indicium & nota conſtitutæ. Aliter hoc explicat Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 12. n. 3.* putans contractus, qui nominati dicuntur, non tam ideo ſic vocari, quod proprium nomen habeant, quam quod ob uſum frequentiorem vim quandam & naturam acceperunt talem, quæ etiamſi nihil dictum ſit ſpecialiter, ex ipſo nomine ſatis poſſit intelligi: unde etiam certæ de illis proditæ fuerint actionum formulæ, cum in cæteris contractibus minus

minus frequentibus hoc tantum ineſſet, quod dictum & factum erat; ac proinde non communis aliqua & uſitata, ſed accommodata ad ipſum factum daretur formula, quæ ideo præſcriptis verbis dicebatur.

4. Atque hanc explicationem juvare videtur, quod permutatio, quamvis & ipſa proprium nomen habeat, à numero contractuum nominatorum excluditur. *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* quanquam ſunt, qui credunt contractui *do ut des* nomen permutationis inditum tantum per abuſionem, quatenus contractus ille ad permutationem directus eſt: nam proprie permutationis nomine ſignificari mutuam ipſarum rerum mutationem & tranſlationem; ac proinde non tam contractum, quam modum acquirendi dominii; & alias omnes pœne contractus velut permutatione quadam conſtant. Ut ut ſit, conſtat permutationem in numero contractuum nominatorum non cenſeri.

5. Sed neque actio, quæ de æſtimato proponitur, deſcendit ex contractu aliquo nominato, ſed eo, de cujus nomine ambigitur, & negotio, quod partim

venditioni, partim locationi, partim mandato simile videtur. *l. 1. ff. de æstimat.* ideoque nec actio, quæ ex hoc contractu datur, proprio nomine prædita est, quanquam nacta est æstimatoriæ appellationem, quod sit de re, quæ æstimatò vendenda data est.

6. Illi autem toto cœlo errant, qui etiam transactionem putant contractum esse proprii nominis; quippe cum transactio nec nomen sit contractus, nec contractus species. Etenim si propriè loqui volumus, non habet se contractus ad transactionem, ut genus ad speciem, sed modus est transigendi: nam interdum nuda pactio transactionis causa intervenit, aliquando stipulatio, quandoq; datio aut retentio. *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. 2. l. pact. 15. ff. de transact. l. 6. l. ut responsum. 15. l. sive apud. 28. l. si pro fundo. 33. l. transactio. 38. C. eod.* quæ diversa sunt ab ipsa transactione & terminatione litis. Unde cum proprie nostri loquuntur, dicunt pacto transigere, pactum, conventionem, placitum transactionis causa intercedere aut interponi. *d. l. cum proponas. 21. C. de pact. l. 7. l. si de certa. 31. C. de transact. l. si instituta. 27. pr. ff. de inoff. testam.*

testam. Modi autem transigendi non sunt genera transactionis: & per se considerata, transactio diversum quid est à contractu, cui etiam opponitur in *l. 1. §. 3. ff. de pact.*

7. Posterius genus earum erat conventionum, quæ speciali nomine carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus *d. l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* Hæ conventiones eo quod nomine carent, dicuntur contractus innominati, pariuntque & ipsæ jure nostro obligationem & actionem; non vulgarem quidem & usitatam, sed in factum præscriptis verbis. *d. l. 7. §. 2. hoc tit. l. 1. & pass. ff. de præscr. verb.* Sunt autem hujus generis contractuum species quatuor, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. *l. 5. pr. d. tit.* quarum tamen ex una illa, facio ut des, non tam civilis incerti præscriptis verbis actio, quam in factum prætoria dari videtur, aut si dolus aliquis arguatur, de dolo. *d. l. 5. §. 3. l. solent. 15. in fin. d. tit. l. 4. C. de dol.* Sed hæc non sunt hujus loci. Illud tantum hic investigandum est, quid nomine causæ Jurisconsulti intelligant, cum ajunt etiam ex con-

ventione innominata, cui modo causâ subsit, actionem nasci.

8. Et quidem de causa finali id intelligi non potest, cum in omni conventione paciscentibus finis aliquis propositus sit: neque de causa impellente seu ea, quæ paciscentes movit ad conveniendum, ut quidam somniaverunt: nam etiam in conventionibus nudis, quæ opponuntur iis, quibus causa subest, aliquid est, quod paciscentes impellat ad conventionem ineundam. verbi gratia, placuit inter nos, ut tu mihi certam pecuniæ summam dares, & ego à lite, quam tibi movi, discederem; aut ut invicem servos nostros permutaremus: hæ conventiones nudæ sunt, ut proinde ex iis non nascatur actio: *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. sive apud. 28. C. de transact. l. 3. C. de rer. perm.* negari tamen non potest, quin alicujus rei contemplatione moti hujusmodi conventionem iniverimus, nimirum quia ego malui accepta certa summa à lite discedere, tu dare, quam incertum eventum expectare litis: quia ego malui habere tuum servum, tu maluisti meum. Ac de similibus idem judicium esto. Sed quid cunctamur cau-

causam accipere pro datione vel facto ad conventionem sive statim sive postea accedente, seu pro implemento ab alterutra parte, nempe quando præter conventionem quid datum quoque est aut factum ab uno? Sanè Iurisconsultus Græcus responso περὶ ψιλ. συμφ. hanc rem sic explicat; ἡνῶνται, inquit, τούτοις (συμφώνοις ἰδικὰς ἔχουσι προσηγορίας) καὶ τὰ ἰδικὴν μὲν προσηγορίαν μὴ ἀποφερόμενα, τῷ γενικῷ δὲ τοῦ συναλλάγματος ὀνόματι κεκλημένα· ἡνίκα προηγήσηται δόσις ἢ ποίησις ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει, εὐλόγου τοῖς συναρέσασιν ὑποκειμένης αἰτίας. τίκτονται δὲ καὶ ἐκ τούτων αἱ προσφόροι ἀγωγαί. i. *His* (sc. conventionibus nominatis) *juncta sunt & illa, quæ nomen quidem proprium nacta non sunt; cæterum generali nomine contractus appellantur, cum prius aliquid datur vel fit, ut vicissim aliquid detur vel fiat, videlicet ut justa paciscentibus causa subsit. Nascuntur enim & ex his utiles actiones.* Atque hinc est, quod cum pactum nudum sit conventio innominata causam non habens, Græci id definiverint, ἡνίκα μὴ προηγήσηται δόσις, &c. ex quo etiam simul apparet, eam conventionem, quæ causam habere dici-

tur, iis esse, *ὧν ἕνεκα προσγένηται δόσις*. quod ipsum & Paulus indicat *l. 8. in fin. ff. de præscr. verb.* ubi ait pactum nudum non esse, quoties certa lege aliquid datur; & aliis innumeris locis significatur. *l. 5. per tot. & pass. ff. de præscr. verb. l. divisionis. 45. ff. hoc tit. l. 6. l. si pro fundo. 33. C. de transact. l. 3. l. 6. C. de rer. perm.* Denique hoc idem quoque sensisse Ulpianum in *d. l. 7. §. 2. hoc tit.* ex his ejus verbis perspicuè patet; *Sed & si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares: dedi, ut aliquid facias.* Cum autem nulla talis conventioni innominatæ subest causa, ex ea, utpote nuda, negat obligationem nasci. *d. l. 7. §. sed cum. 4.* Aio autem *conventioni innominatæ*. Nam in conventionibus nominatis, si requisita quædam adsint, ut verbi gratia in venditione & locatione, si de pretio aut mercede convenerit, etiam ante quam ab altero contrahentium quid præstitum sit, obligatio nascitur.

9. Iam exemplo rem declaremus; Convenit inter nos, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum.

Hæc

Hæc conventio nuda eſt conſiſtens intra terminos puri placiti, licet uterque noſtrum certo intuitu talem conventionem iniverit; ego, quia malui habuere Pamphilum; tu, quia Stichum. At ſi aut ego à mea parte, aut tu à tua dando conventionem impleſti, hîc jam conventio deſinit eſſe nuda, & terminos meri placiti excedit. Illa autem datio ad conventionem accedens cauſa noſtris dicitur. De facto ad conventionem accedente idem judicato. Paulus *negotium* vocat. *l. ſolent. 15. ff. de præſcr. verb.* Ulpianus in *l. 1. ff. de æſtim. act. negotium civile,* id eſt, tale, quod ad conventionem alioqui nudam accedens conſtituit συνάλλαγμα, unde obligatio quoque & actio civilis. Atque idem ferè in hac re explicanda nobiſcum ſentiunt interpretes noſtri cum veteres, tum recentiores pene omnes. Quorſum ergo tam operoſa hujus ſententiæ confirmatio? nimirum quia nuper nonnemo contendere cœpit, ex contractibus innominatis etiam nulla datione aut facto interveniente jure conventionis oriri obligationem, eamque efficacem: quanquam ex ea non ante efficaciter agi queat, quam quid

ex conventione præstitum fuerit: caussam autem apud Ulpianum *d. l. 7. §. 2. & 4. hoc tit.* non significare dationem aut factum aliquod interveniens, sed caussam præcedentem, quæ paciscentes movit, ut convenirent.

10. Ego verò non video, quomodo hæc consistere possint, ex conventione nasci puram & efficacem obligationem, & tamen ex ea obligatione efficaciter agi non posse. Utique enim efficacia & vis obligationis consistit in juris vinculo, quo necessitate adstringimur ad aliquid præstandum; necessitas in eo, ut nisi obligatus præstet, quod debetur, jure judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad præstandum compellere. Ac proinde posita pura & efficaci obligatione, necessariò quoque ponenda est efficax actio, cum secundum regulam Logicorum qualis est causa, talis quoque sit effectus.

11. Ut ecce, emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit; & quia hinc statim oritur mutua & efficax obligatio, statim etiam, licet nihil aliud intervenerit, ex ea obligatione agi potest, modo offerat actor,

actor, quod vicissim eum præstare oportet. *l. Iulianus. 13. §. offerri. 8. l. qui pendentem. 25. ff. de act. empt.* Pari ergo ratione, si verbi causa hujusmodi conventio innominata, *Dabo tibi Stichum, ut mihi Pamphilum des*, æquè statim & re adhuc integra efficacem obligationem pariat, etiam ex ea statim & cum effectu agere poterit, qui Stichum dare promisit, modò ille paratus sit Stichum dare. Atque hanc quoque esse apparet mentem eorum, qui asserunt ex conventione innominata obligationem statim nasci, ex qua etiam agi possit, quanquam cum effectu non possit, nisi postquam ab uno datum quid sit, aut factum; quia ad confirmandam sententiam suam utuntur exemplo emptionis & venditionis, negantque ullam esse circa productionem obligationis & actionis inter conventiones nominatas & innominatas differentiam. Videamus igitur, quam verè & rationi juris nostri convenienter hæc dicantur. Et vel uno exemplo locationis & conductionis demonstrari potest, quam parum hæc juri nostro sint consentanea. Locatio & conductio contrahitur nudo consensu simul

ac de mercede pro uſu rei danda convenit: atque ut hìc ex ſola conventione, nulla re interveniente oritur obligatio, ita quoque conductor nullo in præſens dato aut oblato experiri cum locatore efficaciter poteſt, ut præſtet frui, quod conductum eſt, licere. *l. 9. l. 15. §. 1. l. ſi fundus. 33. l. & hac diſtinctio. 35. ff. locat.* at ex ſola conventione innominata agi cum effectu non poſſe fatentur ipſi adverſarii: qui ſi pro firmamento ſuæ opinionis non tam exemplum emptionis & venditionis, quam locationis & conductionis attuliſſent, fortaſſis ipſi deprehendiſſent errorem ſuum. Cæterum nec oblationem vim implementi habere in contractibus innominatis oſtendemus poſtea. Ad hæc perperam inter contractus eas etiam conventiones innominatas numerant, quæ terminos conventionis non egrediuntur; quoniam conventiones innominatæ datione demum aut facto interveniente συναλλάγματα ſive contractus eſſe & appellari incipiunt: quamdiu autem res adhuc integra eſt, nudæ tantum ſunt conventiones, ex quibus nec obligatio nec actio jure noſtro naſcitur, ut ſupra ſatis abundeque de-

demonstratum est. Sed fingamus obligationem & actionem ex tali conventione nasci solo jure conventionis, quæ actio re adhuc integra intentari quidem possit, sed non cum effectu: quæ ergo erit ista actio? nimirum præscriptis verbis, inquiunt.

12. Quod si porro quæras, quomodo formula actionis præscriptis verbis, quæ in factum componitur, & rem gestam demonstrat. *l. 6. in fin. C. de transact.* accommodari possit ei, qui nihildum fecit, aut præstitit, respondent pro varietate conventionis formulam posse concipi, & conventionem referri ad unumquemque ex his quatuor articulis, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*; quippe hos contractus, non ita vocari ratione conventionis, sed impletionis, eo quod ante illam nulla cum effectu actio ex iis intentari queat. Igitur, si eis credidimus, hæ conventiones *dabo ut des, dabo ut facias* &c. referendæ sunt ad illas *do ut des, do ut facias*, &c. Et verbi causa si inter nos convenerit, ut ego tibi decem darem, & tu servum tuum manumitteres, potero re adhuc integra formulam concipere verbis in factum

ctum & rem gestam compositis, in quæ & prætor judicem det hoc modo, *Si paret Mævium decem Titio dedisse ea lege, ut servum suum Titius manumitteret, neque Titius manumittat, tum Titius damnetur.* aut contra; *Si paret Titium servum suum manumisisse ea lege, ut decem à Mævio acciperet* &c. Si aliam excogitent, quæ oblationis duntaxat, non dati aut facti mentionem habeat, ea nullo modo poterit convenire formulæ præscriptis in factum verbis. Sed nec illud verum est, quod aiunt contractus *do ut des, do ut facias*, &c. ita vocari ratione impletionis tantum, non conventionis: nam verba illa do ut des manifeste etiam conventionem exprimunt, sed præter conventionem adsignificant causam quæ conventioni subest, sive negotium interveniens, quod fundamentum est συνάλλαγμα, efficitque, ut conventio amplius non sit nuda, & ex ea nascatur civilis actio.

13. Cum vident etiam in textibus plerisque, qui huc pertinent, expressim negari in conventionibus innominatis nudo solove consensu obligationem constitui, & nominatim, ut alios prætercam,

teream, in *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* quo loco Jurisconsultus diserte ait, permutationem demum ex re tradita initium obligationi præbere, confugiunt ad nescio quam distinctionem, qua non observata ajunt, quotquot sunt & fuerunt hactenus Interpretes, hallucinatos esse: nimirum aliam ajunt obligationem & actionem nasci jure conventionis, aliam ex perfectione & secundum perfectionem contractus; qua distinctione adhibita facile quivis ex hujusmodi laqueis se possit expedire. Ajunt igitur in *d. l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* Jurisconsultum adscribere rei traditæ initium obligationis, quæ est secundum perfectionem contractus, non quæ oritur jure conventionis. Non est mirum interpretes omnes hîc hallucinatos esse, qui tam subtilem distinctionem, & quam ipsa ignoravit antiquitas, non observaverint. Sed seriò. Paulus in *d. l. 1. §. 2.* initium obligationis in permutatione adscribit rei traditæ; ergo nullam adhuc ante traditionem natam esse intelligit: alioqui non initium obligationis, sed obligationis jure conventionis antea constitutæ perfectionem, aut efficacitatem traditioni attri-

attribuere debuisset. Sequitur mox apud Paulum, *alioquin si res nondum tradita sit; nudo consensu obligationem constitui dicemus: quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent, ut in emptione, venditione, conductione, mandato.* Ecce negat Paulus absolute; nudo consensu, id est, jure solius conventionis, ubi nihildum præstitum est, ut ipsa verba ostendunt, obligationem constitui, præterquam in conventionibus nominatis: unde perspicue liquet, Paulum in conventionibus innominatis productionem, constitutionem, initium, originem ipsam obligationis adscribere rei traditæ; falsumque esse, quod illi asserunt, ex conventione esse obligationem & actionem, ex datione, numeratione, præstatione, quod cum effectu actio moveri possit. Quin hoc ipsum etiam pugnat cum eo, quod rei traditæ originem adscribant obligationis, quæ est secundum perfectionem negotii, quod contrahitur: nam qui hoc dicit, ultrò fatetur ex datione, numeratione, præstatione oriri obligationem, adeoque hanc obligationem esse effectum, & filiam, ut ita loquar, dationis, præstationis &c. illa obli-

obligationis hujus caufam & velut matrem: quod paffim tamen negant foli conventioni vim tribuentes obligandi.

14. Ajunt mirari fe, quod adverfarii aliquid præfidii in *l.3.C. de rer.permut.* caufæ fuæ quærant. & quare? quia, inquiunt, placitum permutationis in *d.l.3.* pro nudo pacto de permutando fumitur, id eft, eo de quo non conftet, an deliberato animo factum fit. Verba Imperatorum in *d.l.3.* funt hæc; ***Ex placito permutationis, nulla re fecuta, conftat nemini actionem competere, nifi ftipulatio fubjecta ex verborum obligatione quæfierit partibus actionem.*** Verum eft hoc loco agi de pacto nudo, fed pactum nudum Imperatores intelligere, quando non conftat de ferio animo, commentum eft, quod ex ipfo textu fatis evincitur. Negant fimpliciter Imperatores aliter actionem re nulla fecuta ex placito permutationis competere, quam fi ftipulatio fubjecta fit: ergo ne tunc quidem, cum conftat de feria voluntate pacifcentium. Hoc enim Leontius propofuerat, placuiffe inter fe & adverfarium fuum, ut invicem res quafdam permutarent, quærebatque an ex hujufmodi placito jure con-

conventionis actio sibi competeret, qua ad conventionem implendam urgere adversarium posset, paratus ipse à sua parte eandem implere: id quod Imperatores negant. Quod autem excipiunt, nisi subjecta sit stipulatio, eo significant, stipulatione demum conventioni subjecta, posse Leontium, à sua parte contentum conventioni stare, actione ex stipulatu compellere adversarium, ut & ipse quoque placitum servet, nisi velit condemnari quanti actoris intersit.

15. Simile huic placito est, quod proponitur in *l. divisionis. 45. ff. hoc tit.* si verbi causa in lite familiæ erciscundæ convenerit, ut certis partibus hereditatis constitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam, neque traditio ulla secuta sit, neque porro placito subjecta stipulatio: hoc enim placitum negat Jurisconsultus cuiquam ad actionem prodesse: non quia non sit pactum aut conventio seria; sed quia conventio nuda, placiti fines non egrediens; cujusmodi conventiones, ut ut seriæ, nemini ad actionem prosint.

16. Postremò nec illud patrocinari adversariis existimant, quod scriptum est

est in *l. contractus. 17. sub fin. C. de fid. instr.* eum, qui vendere pollicitus est, si recuset adimplere conventionem, posse id impune facere, si nihil arrarum nomine acceperit, non quod ibi agatur de pacto nudo, cum deliberationem animi satis arguat arrarum interventus, sed alia ratione; quoniam, quod adversarii non animadverterunt, in specie illic proposita jure conventionis obligatio contracta fuit, cum alias discedens à conventione altero invito non rectè multaretur. Mirifica verò collectio. Quinimo contra si talis conventio obligationem produceret nullo modo liceret uni invito altero recedere, nec emptori cum amissione arrarum, nec venditori cum duplicatarũ restitutione.

17. Est enim hæc perpetui juris regula, neminem posse ex pœnitentia ab obligatione semel constituta & in se suscepta invito adversario discedere. *l. 5. C. de obl. & act.* idque vel ex ipsa natura obligationis, quæ necessitate solvendi obligatum adstringit, intelligi potest, ut paulo post ostendetur evidentius. Itaque amissio arrarum, aut duplicatarum restitutio non est pœna recessionis non consentiente adversario

rio factæ ab obligatione aliqua jure civili constituta, sed temeritatis & inconstantiæ. Quid si nihil arrarum nomine intervenerit? hic jam impune etiam uni altero invito recedere licebit. *d. l. contractus. sub fin. C. de fid. instr.* cui jam hoc etiam consequens est, etiamsi unius intersit conventionem impleri, non eo tamen magis actionem illi competere; quemadmodum nec si unius intersit, ex pacto permutationis aut divisionis ulla competit. *l. 3. C. de rer. perm. l. 45. ff. hoc tit.* Et quid hic alias profecerit placitis interveniens stipulatio? Sibi autem imputet, qui queritur, quod cum potuerit & debuerit, pacto non subjecerit stipulationem, juxta consilium Pauli *lib. 2. sent. tit. 22. in fin.* Plane in hujusmodi conventionibus de vendendo, de permutando &c. si quid ab eo, qui placitis non stat, dolo malo factum erit, quo alter in damnum incideret, non negaverim dandam esse actionem de dolo, *arg. l. & eleganter. 7. §. servus. 8. & ibi Bart. ff. de dol. mal. Costal. ad l. 7. pr. hoc tit.* Asserunt porro causam apud Ulpianum in *d. l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* non significare dationem aut factum certa

lege

lege interveniens; ſed cauſam præcedentem, nempe quæ paciſcentes movit, ut convenirent: cujus aſſertionis ſuæ hæc argumenta habent. 1. quia datur aliquid aut fit propter conventionem. 2. quia cauſa reſpicit conventionem. 3. quia datio aut factum per ſe non obligat, niſi ad reſtitutionem. Diceres rem ad triarios rediiſſe, quod profligatis haſtatis & principibus tantæ virtutis milites ſubſidio mittant. Sed experiamur robur ſingulorum argumentorum. In poſtremo, ut ab eo incipiam, eſt fallacia diviſionis: Neque enim nos dicimus ſolam dationem aut dationem per ſe ſine conventione obligare, non magis, quam conventionem per ſe obligare ſine datione; ſed obligare dationem à conventione informatam, ſeu dationem ſub lege viciſſim quid præſtandi, & ita ſimul juncta demum obligationem producere. Inſubtile autem eſt, quod addunt *factum*; quia facti nulla eſt reſtitutio. Secundum argumentum, quod ideo cauſa apud Ulpianum non ſignificet dationem aut factum, quia cauſa reſpicit conventionem, incidit in vitium petitionis principii: nam de cauſa impellente

lente & conventionem antecedente duntaxat hoc verum est eo sensu, quo illud accipiunt, non de ea, quæ velut materia conventioni subjicitur, formaque à conventione accepta in συνάλλαγμα abit, qualem intelligere Jurisconsultum in *d. l. 7. hoc tit.* ex oppositione §. 4. & §. 2. ejusdem legis dilucide apparet.

18. Sed & in primo quoque argumento manifesta est principii petitio: nihil enim efficiunt, nisi his verbis, *dari aut fieri aliquid propter conventionem*, hoc significent, quod datur aut fit, in proposito dari aut fieri propter vim obligationis ex sola conventione natæ; quod est falsum: cum enim, ut ex iis, quæ jam antea disputata sunt, clarissimè liquet, in conventionibus innominatis origo obligationis non à nudo consensu, sed à datione aut facto ad consensum accedente proficiscatur, qui à parte sua, quod placuit, præstat, non facit id ex necessitate obligationis, quam non gignit nuda conventio; sed ut adversarium, qui itidem nulla juris necessitate adstrictus est, illa præstatione efficaciter obliget. Atque hinc est, quod præstatio illa non solutio,

quæ

quæ debiti eſt, ſed datio appellatur: & quia illa fit ob cauſam futuram, ut viciſſim quid detur, ſatis apparet eam comparatam eſſe non ad liberandum, ſed ad obligandum eum, qui & ipſe antea obligatus non erat, non ut quid ſolvat, quod antea debebat, ſed ut quid det aut faciat ſecundum legem dationi dictam; & hic ſi is, qui accepit, cauſam, ob quam accepit, implere ceſſaverit, competit ei, qui dedit vel ad repetendum condictio tanquam ob cauſam dati cauſa non ſecuta, vel incerti præſcripti verbis actio in hoc, quod ejus intereſt cauſam impletam eſſe. *l. 5. §. 1. & 2. ff. de praſcript. verb. & paſſim titt. ff. & C. de cond. cauſ. dat.* Quod ſi datio illa reſpiceret cauſam aliquam præteritam aut antecedentem obligationem, nulla competeret dati repetitio: nam quod ob cauſam præteritam datur, condici non poteſt. *l. damus. 52. ff. de cond. indeb. l. mercalem. 5. C. de cond. ob turp. cauſ.* nec debiti ſoluti ulla repetitio eſt, ne ejus quidem, quod naturaliter ex nuda pactione debetur. *l. naturales. 10. ff. de obl. & act.*

20. Apparet itaque nihil eos juvare,

re, quod de venditore afferunt, cum non tradere mercem, ut emptorem sibi obliget, sed ut obligationi jam antea ex conventione natæ satisfaciat: nam à conventione nominata, ex qua etiam nudo consensu obligatio constituitur, ad innominatam, in qua initium obligationi res tradita præbet, non procedere argumentationem perspicue docet Paulus *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* Venditor igitur mercem tradens, solvit, quod debet, & ad quod solvendum jure judicioque cum eo agi poterat, non ut emptorem obstringat, quem satis ex conventione obstrictum habet; sed ut se liberet: at in contractu innominato, verbi causa, do ut des, sive nuda aliqua conventio præcesserit, sive non, qui dat, ut vicissim quid detur, non solvit, quod debebat; sed dat, quod non debebat, ut accipientem, qui & ipse antea obstrictus non erat, hac datione sibi obstringat. Atque hinc est, quod venditor, qui fidem emptoris secutus mercem tradidit, ex pœnitentia mercem repetere non potest. *l. incivile. 12. C. de rei vind. l. 3. C. de contr. empt. l. 6. C. de resc. vend.* nimirum quia hic obstat præcedens obligatio, quæ

pœ-

pœnitudinem non recipit; quoniam nemo poteſt conſtitutæ ſemel obligationi renuntiare invito adverſario. *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. C. de reſc. vend. l. in commodato. 17. §. 3. ff. commod.*

21. Contractuum autem, qui in aliud nomen non tranſeunt, natura hæc eſt, ut danti ob cauſam rebus integris pœnitere liceat, & ex pœnitentia datum repetere, aut obnuntiare accipienti, ne cauſam impleat: contraria videlicet ratione, quoniam cum ad dandum obſtrictus non fuerit, nec ad datum tali lege, quaſi prius debuiſſet, relinquendum obſtringi debet. *l. 3. §. 1. & 2. l. 5. pr. & §. 1. ff. de cond. cauſ. dat. l. in ſumma. 65. §. quod ob rem. 4. ff. de cond. ind.* Quod ſi ubi jam aliquid datum eſt ab una parte, ille qui dedit, ex pœnitentia datum repetere poteſt, invito adverſario, multò minus, ſi nihil dum dederit, ab adverſario ut det, poterit conſtringi, licet ille à ſua parte conventionem implere velit, *l. contractus. 17. ſub fin. C. de fid. inſtrum.* Et hoc ſignificant interpretes, cum ajunt, in conventionibus innominatis oblationem non habere vim implementi.

22. Ex-

22. Excipiendi autem ſunt ex contractibus innominatis illi, qui tranſactionis & finiendarum litium gratia ineuntur, in quibus ob eandem cauſam nec locus eſt pœnitentiæ, ne ſcilicet lites tranſactione ſemel deciſæ inſtaurentur. *l. in ſumma. 65. §. 1. ff. de cond.ind. l. quamvis. 39. C. de tranſact. & ibi DD. Iaſ. in l. 5. pr. ff. de cond. cauſ. dat. colum. 3.* Jam opinor videmus, unde hæc juris naſcatur varietas, nempe ex differentia, quæ eſt circa productionem obligationis in conventionibus nominatis & innominatis; quia in illis receptum eſt, ut etiam nudo conſenſu obligatio contrahatur, in his non contrahitur niſi re aut facto aliquo interveniente.

23. Illud enim perpetuò verum eſt, nec ullam patitur exceptionem, neminem poſſe ab obligatione ſemel conſtituta & in ſe ſuſcepta adverſario non conſentiente diſcedere. *d. l. 5. C. de obl. & act.* quippe hic certiſſimus eſt obligationis effectus, ut qui ſecundum formam juris obligatus eſt, non aliter liberetur facto ſuo, quam ſi ſolvat aut ſatisfaciat creditori. *Inſt. quib. mod. toll. obl. & paſſ. ff. & C. de ſolut.* Quam etiam ob cauſam obligatio definitur juris

vin-

vinculum, quo necessitate adstringimur ad solvendum, quod debetur. Si ergo qui obligatus est, adstringitur necessitate solvendi, consequens est omnino, non esse in ejus arbitrio, utrum velit solvere nec ne; quod tamen futurum esset, si liceret ei pro arbitrio à contractu recedere. Atque hoc non solum locum habet in contractibus, qui nomen suum habent, ut quidam putaverunt; verum etiam in iis, qui non habent proprium nomen. ut ecce, dedi tibi aliquid ea lege, ut mihi vicissim aliquid dares aut faceres, si cessas dare aut facere, teneris mihi in id, quod mea interest, id, de quo convenit, datum aut factum esse, eoque nomine tecum experiri possum actione præscriptis verbis; neque tu huic obligationi in te susceptæ renuntiare potes, tuove te facto aliter liberare, quam si id de quo convenit, præstes. *l. 5. §. 1. & §. 2. ff. de præscr. verb.* Quod verò hìc mihi, qui dedi, liceat rebus integris ex pœnitentia datum repetere, regulam non offendit: neque enim ego dici possum datum repetens renuntiare alicui obligationi in me susceptæ, cum ipse nec ante obligatus fuerim, nec tibi dando

id egerim, ut me tibi, ſed ut te mihi obligarem. Sed neque exempla mandati, ſocietatis, depoſiti, precarii, quæ huic regulæ objici ſolent, eam aliqua parte vitiant. Mandati obligatio ſolo conſenſu contrahitur, & tamen ei, qui mandatum ſuſcepit, liberum eſt mandatum renuntiare. An ergo cum mandatum renuntiat, dicendus eſt renuntiare conſtitutæ obligationi? Miminè. Nam cum mandatarius non aliter ab initio obligari intelligatur, quam ſub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut tempeſtivè renuntiet. *l. ſi mandavero. 22. §. ult. l. ſi quis. 27. §. 2. ff. mand. §. mandatum. 11. Inſt. eod.* ubi in tempore renuntiat, non modo contra obligationem nihil facit, ſed maxime præſtat, quod erat in obligatione. Eademque ratio eſt & in mandati revocatione; quoniam nec mandator præcisè obligatur ad hoc, ut quod ſemel mandavit, perfici patiatur. Similiter ſocietas quoque conſenſu contrahitur, & unius è ſociis renuntiatione diſſolvitur: nec tamen qui ſocietatem ſocio renunciat in novo negotio nondum cœpto, renuntiat conſtitutæ obligationi, quia nemo in ſocietate obli-

gatur,

gatur, ut invitus in ſocietate maneat; in tantum ut etſi nominatim convenerit, ne à ſocietate diſcederetur, talem tamen pactionem ut inutilem & contra naturam ſocietatis factam contemnere liceat. *l. ſi convenerit. 14. l. nulla. 70. ff. pro ſoc. junct. l. verum. 63. pr. ff. eod. l. cum pater. 77. §. dulciſſimis. 2. ff. de legat. 2.* Poſtremo nec officium ſuum perdit regula ſuperior in ſpecie *l. 1. §. antepen. & pen. ff. depoſ.* ubi ſi rem apud te ſic depoſuero, ut poſt mortem vel tuam vel meam reddatur, placet me ſtatim depoſitum poſſe repetere; nec in ſpecie precarii in eandem ſententiam propoſita in *l. cum precario. 12. ff. de precar.* ubi cum res precariò ſic datur, ut is, qui eam accipit, uſque ad Calendas Julias precariò poſſideat, reſpondetur poſſe nihilominus etiam ante ei poſſeſſionem auferri: quoniam neque deponens obligatur, ut ne repetat depoſitum, neque is, qui precariò dedit, ut non repetat precarium: imò contra & qui depoſitum accepit, & qui accepit precarium, ipſi obligantur in hoc, ut dominis repoſcentibus acceptum reddant. Illud tantummodo hîc quæri poteſt,

an is qui depositum aut precarium accepit, exceptione pacti conventi ex edicto defendi debeat, ne ante diem cogatur depositum aut precarium restituere: & rectè placuit nullam esse hujus conventionis vim, neq; in deposito, quia dies adjectus est deponentis duntaxat gratia, ut depositarius cogeretur tam diu rem custodire; neque in precario, quia conventio de re precaria non repetenda naturæ precarii adversatur, ut ipse Jurisconsultus in *d. l. cum precario.* significat. In commodato autem contrario modo se res habet, nempe propter obligationem commodantis, quæ impedit, quominus usum rei ad certum modum & tempus concessum ante tempus auferre liceat. *l. in commodato. 17. §. 3. ff. commod.*

24. Redeamus in viam & videamus ne definitio contractus à nobis proposita nimis lata sit. Etenim Labeo in *l. 19. ff. de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem; id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur;

gatur; qualia ſunt mutuum & ſtipulatio, quæ Labeo *d. loco* expreſſe à contractu diſtinguit. Sed animadvertendum Labeonem illic non definire generaliter, quid ſit contractus, aut quæ ſit propria hujus verbi ſignificatio; ſed quid prætor eo verbo ſignificet, cum hæc tria finitimæ ſignificationis in edicto conjungit, *actum*, *contractum*, *geſtum*. Nam cum ſingula hæc per ſe poſita, & vi ſua generalia ſint, apparet Labeonem ea non ex propria ſignificatione, ſed ex ſententia prætoris illa conjungentis diſtinguendo ad certas ſpecies referre, verbumque *contractus* ad eam ſpeciem traducere contractuum, qui mutuam obligationem pariunt. Nos verò hoc certò tenebimus, ſubſtantiam contractus non in eo conſiſtere, ut ultro citroque obliget: verum non minus propriè ſi unus tantum alteri, quam ſi invicem contrahentes inter ſe ex conventione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipſum appellari & eſſe contractum; id quod ſatis oſtendit vetus, & recepta contractuum diviſio apud Gajum *l. 1. ff. de obl. & act.* apud Ulpianum *l. 1. §. 3. ff. de pact.* apud

Justinianum §. *ult. Inst. de oblig.* item *Inst. de auct. tut. in pr.* quo loco evidentissimè contractus μονόπλευροι, cujus generis est stipulatio, & δίπλευροι, quales sunt emptio, locatio, societas &c. ut diversæ unius generis species secernuntur.

25. Apparet autem ex disputatione Ulpiani in *d. l. 7. §. 1. & 2. ff. hoc tit.* unde nostra contractus definitio sumpta est, non omnem consensum duorum ad constituendam obligationem interpositum contractum esse: ac proinde non satis rectè à Theophilo contractum definiri hoc modo; συνάλλαγμά ἐστι δύο, ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ συνόδος τε καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τὸ συνίστασθαι ἐνοχὴν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον. id est, *Contractus est duorum vel plurium in idem conventio & consensus ad constituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius.* Nam si inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum, tu mihi Pamphilum dares permutationis causâ, hæc etiam conventio est duorum vel plurium consensus in hoc, ut alter alteri obligetur: contractus tamen non est, sed nudum pactum; unde nec actio ex eo nascitur. *l. 3. C. de rer. perm.* 26. Quin-

26. Quinimo etiam hoc ex eadem disputatione evincitur, nec pacta legitima, neque ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda; sed esse & manere pacta nuda, quamvis communem vim obligandi cum contractibus habeant: siquidem nec in proprium conventionis nomen transeunt, nec causam cur dare aut facere debeas ullam habent præter conventionem: utique si per se spectentur, illa sine adminiculo legis, hæc relativè ad stipulationem, aut ut sejuncta ab eo contractu, cui adhibentur. Cæterum interpretes plerique hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento assistentiæ legis, alterum cohærentiæ contractus: quippe qui nuda ea pacta solummodo appellant, quæ vim obligandi non habent, & in terminis juris gentium manserunt. Neque hoc caret ratione, & suo sensu rectè dicitur, nimirum quatenus in pactis legitimis consideramus specialem confirmationem, in pactis adjectis unionem cum contractu, in quo fiunt, & cujus in partem transeunt.

17. Iurisconsultus Græcus pacta le-

gitima à nudis segregat διὰ τὴν ἰδικὴν ἐπικύρωσιν, contractibus autem in continenti adjecta in nudorum numero relinquit, sed quæ sint alterius naturæ & efficaciæ: sic enim ille μελ. περὶ ψιλ. συμφ. νῦδα οὖν ὡς ἀληθῶς καὶ τὰ ἐξ κοντινέντι, καὶ εἰκότως. εἰ γὰρ νῦδόν ἐστι πάκτον, καθὼς ὁ νόμος ὡρίσατο, τὸ μὴ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος κυρούμενον ἰδικῶς, τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἱστάμενον ἡγησαμένης πρότερον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει· τὸ μηδενὸς τούτων μετέχον, μηδὲ τῆς αὐτῆς δυνάμεως ἀποφερόμενον γνώρισμα, νῦδον καὶ αὐτὸ τεχνικῶς ἄγαν καὶ ἠκριβωμένως κληθείη. καὶ νῦδον, οὐχ ὡς τὰ ἐξ ἰντερβάλο, ἀλλ' ἑτέρας φύσεως καὶ ἰσχύος. Ergo, inquit, *revera nuda pacta sunt etiam quæ ex continenti, & meritò. Nam si nudum pactum est, ut lex ipsa definivit, quod non lege quadam aut senatusconsulto specialiter confirmatur, quod non transit in speciale nomen contractus, quod non stat in eodem genere prius aliquo dato vel facto, ut detur aut fiat: utique quod nullius horum particeps est, nec notam habet, unde agnoscatur habere, eandem vim, nudum & ipsum artificiose admodum & accurate vocabitur: nudum*

dum autem non ut illa ex intervallo, sed natura alterius & aliam vim habens. Cæterum juris nostri conditores omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti, aut pacti placitive simpliciter, appellare solent. *l. 6. l. 7. §. quinimo. 5. & seq. ff. hoc tit. l. in bona. 13. C. eod. l. etiam. 30. ff. de usur. l. frumenti. C. eod. l. 6. C. de jur. dot. cum similib.*

CAP. IX.

De pactis in continenti contractibus adjectis.

1. *Pacta in continenti adjecta bonæ fidei judiciis insunt etiam ex parte actoris: adjecta ex intervallo duntaxat ex parte rei. & latius N° 4.*
2. *Illustratur hoc variis exemplis.*
3. *Removetur difficultas quædam, quam parit l. 7. §. 5. hoc tit.*
5. *Quid Papiniano sint adminicula contractus.*
6. *Quid extra naturam contractus Ulpiano.*
7. *Non male interpp. vulgo secernere natura-*

turalia contractuum à substantialibus.

8. *Quid juris in pactis circa substantiam contractus.*

9. *Quid in pactis quæ contra substantiam contractus adhibentur, eorumve naturæ repugnant.*

10. *Quid in iis, quæ terminos naturæ contractus egrediuntur.*

11. Ex continenti *sive* in continenti, *locutio nostris familiaris: cui opponitur* postea, ex intervallo &c.

12. *Quid Latinis* continens.

13. *Quam variè hæ voces* ex continenti, *vel* in continenti *in jure nostro accipiantur.*

14. *Quæ pacta ex continenti fieri dicantur.*

15. *An etiam ea, quæ negotio contracto mox sine ullo intervallo subjiciuntur: ubi multa notatu digna.*

1. EX his, quæ hactenus disseruimus, apparet pacta, quę adjiciuntur dationibus & factis, ut ita loquar, informibus & simplicibus, puta cum do aut facio ea lege, ut vicissim quid detur aut fiat, constituere contractum innominatum: cujus hæc vis sit, ut civi-

Jem

lem incerti actionem, id est, præscriptis verbis producat. Agendum porro est de iis pactis, quæ adjiciuntur factis & dationibus, quæ alias certam formam habent, quærendumque quem effectum habeant pacta apposita contractibus nominatis. Et aut pacta hæc adjiciuntur contractibus ex continenti, aut ex intervallo. De adjectis in continenti traditum est, ea inesse bonæ fidei judiciis etiam ex parte actoris, actionemque contractus & contractum ipsum formare, legemque contractui dare: & contra de interpositis ex intervallo, ea non inesse ex parte actoris, sed tantum ex parte rei locum habere, eique prodesse ad exceptionem. *l. juris gentium. 7. §. quinimò. 5. & seq. ff. hoc tit. l. in bona. 13. C. eod. l. cum dotem. 10. C. de jur. dot. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt.*

2. Illustremus rem exemplis. Venditor emptori cavere tenetur nomine evictionis, non tamen, ut satisdet dato fidejussore; sed sufficit regulariter nuda repromissio. *l. emptori. 37. l. si dictum. 56. ff. de evict.* Hîc autem, siquidem ex continenti convenerit, ut venditor ob evictionem satisdaret, hoc est, fidejus-

dejussorem (*vvaerborge*, qui secundus auctor. *l. 4. ff. de evict.*) daret, pactum hoc sive conventio format contractum, id est, legem hanc contractui dat, ut satisdetur, formatque etiam ipsam actionem, id est, facit, ut actio ex empto porrigatur etiam ad id, quod pacto comprehensum est, atque ut possit emptor judicio empti cum venditore experiri, eumque compellere, ut evictionis nomine fidejussorem det. *d. l. 4. l. 37. l. 56. ff. de evict.* Quod si vero ex intervallo emptione jam perfecta idem convenerit, id pactum emptori ad agendum & fidejussorem pro evictione petendum non proderit. *l. 7. §. quinimò. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit. l. pacta. 72. ff. de contr. empt.* Vendidi tibi fundum ea lege, ut in rem tuam fundo accederet aratrum, aut boves aratorii, aut quid aliud, valet conventio non aliter, quam emptio ipsius fundi. *l. si in emptione. pr. 34. l. fistulas. 78. ff. de contr. empt.* Et ex converso, quod meo commodo fieret, vendidi tibi partem domus, ut alteram partem conductam haberes certa mercede, valet hæc conventio haud secus, quam de pretio alterius partis. *l. fundi. 79. ff. eod.*

eod. tit. Cæterum neutra aliter, quam ſi in continenti appoſita ſit. *dd. ll.* Natura depoſiti hæc eſt, ut in eo dolus duntaxat præſtetur. *l. 5. §. 2. ff. commod. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. 1. §. ult. ff. depoſ.* At enim ſi ab initio convenerit, ut depoſitarius culpam quoque præſtaret, rata eſt conventio; quippe quæ legem hanc depoſito dat, ut culpa quoque præſtetur, quam alias hîc contractus non recipit. *d. l. 1. §. ſi convenit. ff. depoſ. d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. contractus. de reg. jur.* Plura ejuſcemodi exempla paſſim obvia. Huc etiam pertinet lex commiſſoria, lex redhibendi oblato pretio, item lex illa vulgaris, ut ſi diſplicuerit, res ſit inempta, & ea quæ dicitur in diem addictio. Caſus fortuiti in nullo bonæ fidei judicio præſtantur. *l. 6. C. de pign. act.* Si tamen initio nominatim convenerit, ut commodatarium puta, aut conductorem, aut venditorem damnum fatale ſequeretur, conventio ſervabitur, quia legem contractui dedit. *d. l. contractus. 23. de reg. jur. d. l. 6. C. de pign. act. l. 1. C. commod. l. 9. §. 2. ff. locat. l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* Unum addam, quod nonnihil difficultatis habere videtur.

detur. Id tale eſt. Si in contrahendo matrimonio & dote conſtituenda hujuſmodi pactum apponatur, ne tempore ſtatuto dilationis (annuâ, bimâ, trimâ die) dos reddatur, ſed ſtatim; hoc pactum ſoluto matrimonio ad agendum mulieri prodeſt, formatque actionem rei uxoriæ: Si verò forte jam divortio facto convenerit, ut non expectata legitima dilatione dos ſtatim redderetur; tale pactum ad agendum non valet. *l. 7. §. 5. hoc tit.* quia in pactis ex intervallo adjectis non eſt receſſum à regula, ex pacto actionem non dari.

3. Dixeris autem hanc pactionem, non obſtante eo, quod ex invervallo interpoſita ſit, ſaltem prodeſſe debere ad replicationem, ut ſi muliere ſtatim petente, excipiendo alleget maritus ante annum non rectè peti, replicare poſſit mulier, pacto eam dilationem eſſe ſublatam. *arg. l. ſi unus. 27. §. 2. ff. hoc tit.* Reſpondeo, exceptio, quæ mulieri ante tempus dotem petenti objicitur, legitima eſt, pacti conventi non item. Nimirum pactum de non petendo tantum ex conventu valet tuitione prætoris, non legis alicujus confir-

firmatione; & ideo exceptio inde competens alterius pacti replicatione adjuvante prætore facile tollitur. At pactum, quod obligationem ex lege descendentem auget, inutile est adjectum ex intervallo, & ne ad replicationem quidem valet, ut majorem, quam ex lege est, obligationem reddat; quod utique hîc saltem effectu futurum esset, si vires haberet pactio. Alii respondent nullam ante legitimum tempus mulieri actionem competere, propterea quod lex maritum non nisi elapso anno obligat & cogit ad restitutionem dotis.

4. De pactis igitur adjicientibus sive augendæ obligationis gratia interpositis sic habendum, ut si ex continenti bonæ fidei contractibus fuerint adjecta, contractum forment, forment actionem ipsam, quæ ex contractu datur: quod Græci sic exprimunt, *ἀμείβουσι, τυποῦσι, μετατυποῦσι τὴν ἀγωγὴν, καὶ τῷ συναλλάγματι συμβάλλονται*). At contra, quæ ex intervallo interponuntur, contractum, vel actionem contractus non formant; propterea quod post contractum jam usquequaque perfectum interponuntur: & ideo ad actionem non pro-

prosunt, τῷ ἐνάγοντι ὀ συμβάλλει). At vero pacta detrahentia, quæ obligationem minuunt, quæ leviorem conditionem unius è contrahentibus faciunt, etiam ex intervallo facta prosunt ad exceptionem, τῷ ἐναγομένῳ πάντῃ παραχαφλιῶ. Ut ecce, si post emptionem perfectam ex intervallo convenerit, ne venditor cautionem duplæ præstet: hæc pactio quamvis ex intervallo interposita, contractu continetur, auctore Papiniano in *l. pacta conventa. 72. ff. de contr. emp.* id est, vires habet jure exceptionis agente emptore de cautione præstanda. Loquitur autem ita Papinianus, quia exceptio pacti inest bonæ fidei judicio. *l. 3. ff. de resc. vend. l. sed & si. 21. sub fin. ff. solut. matrim.* id est, judex exceptionis rationem habet, etiamsi reus in lite contestanda eam omiserit. Quod si ab initio in venditione convenerit, ne cautio duplæ præstetur, tutus erit venditor ipso jure. Idemque dixerim, si talis conventio venditioni mox subjecta sit. *arg. l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* Atque hæc ita se habent in pactis circa adminicula contractus, ut ea vocat Papinianus *d. l. pacta. 72. ff. de contr. empt.*

cum

cum aliquid extra naturam contractus convenit, ut Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit.* παρὰ φύσιν συναλλάγματος, ut Græci.

5. Adminicula Papiniano dicuntur dies, conditio, modus, aliaque adjumenta adhibita ad negotium promovendum, quæ adesse & abesse possunt, ut tamen contractus per se ac sine iis consistat; Græci ἀφορμὰς vocitant: veluti, ut scriptura adhibeatur, ut periculum præstetur, ut præstetur culpa in contractu, qui dolum tantum recipit, aut dolus duntaxat in eo, qui recipit & culpam, ut dos statim non expectato legitimo tempore dilationis reddatur, in emptione & venditione, ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur, vel, ut ne omnino præstetur, ut pensitentur usuræ pretii tardius exoluti. *l. 5. C. de pact. int. empt.* ut pretio sua die non soluto res sit inempta, &c. Pomponius causas obligationum vocat, sed quæ pacto mutabiles. *l. nec ex prætorio. 27. de reg. jur.* De his rebus cum pacta fiunt, ea sunt, quæ extra naturam contractus fieri ab Ulpiano dicuntur. Extra naturam contractus, id est, extra ὀυσίαν, essentiam contractus, quæ non attin-

attingunt contractus substantiam.

6. Igitur extra naturam emptionis est, si quid extra rem aut pretium; extra naturam locationis, si quid extra usum rei & mercedem dari aut fieri convenerit. Nam quod Papinianus in *d. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt.* emptionis substantiam, id Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit.* citans sententiam Papiniani, quæ ex *lib. 10. quæst.* relata est in *d. l. pacta conventa.* appellat contractus naturam.

7. Non male tamen alias natura contractus à contractus substantia distinguitur; quemadmodum & Interpretes vulgò contractuum naturalia à substantialibus secernunt. Naturalia enim recte appellabimus, quæ naturaliter insunt cujusque contractus judicio, si de his nihil convenerit. *l. 11. §. 1. ff. de act. empt.* verbi causa, ut dicamus naturam emptionis & venditionis esse, ut simpliciter de evictione caveatur; depositi, ut dolus solus præstetur; commodati, ut præstetur & culpa & diligentia. Hæc enim est horum contractuum conditio, modus & jus, quod eorum naturæ lex tribuit, ut hoc ex-

explicat Paulus *l. si unus. 27. §. 2. in fin. ff. hoc tit.* qui & alibi agens de pacto, quod ad mandati adminicula pertinet, ait id naturam mandati excedere. *l. 5. §. pen. ff. de praescr. verb.* Caeterum quia haec naturae contractuum insunt tantum ex accidentia, & ideo adesse vel abesse possunt, salva substantia contractus, inde est, quod pacta, quae de iis fiunt, extra naturam contractus fieri dicat Ulpianus, per naturam intelligens ipsam contractus substantiam, hoc est id, sine quo negotium consistere non potest: verbi gratia, emptio & venditio sine pretio, locatio & conductio sine mercede nullius momenti sunt, quia ex his substantia horum contractuum constat.

8. Quid ergo juris in iis pactis, quae substantiam contractus attingunt? nimirum illa etiam ex intervallo interposita, rebus integris, insunt à parte agentis, actionemque contractus formant. Veluti si post emptionem perfectam, re tamen adhuc integra, id est, neque pretio dato, neque re tradita, convenerit de pretio augendo minuendove. *l. 7. §. adeo. 6. ff. hoc tit. d. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt. l. 2. ff. de*

ff. de resc. vend. Atque hanc regulam usque adeo veram esse scribit Ulpianus in *d. l. 7. §. adeo.* ut constet conventione postea facta ab emptione cæterisque bonæ fidei judiciis re nondum secuta abiri posse. *l. ab emptione. 58. ff. hoc tit. l. 3. l. 5. §. 1. ff. de resc. vend. l. 1. C. quand. lic. ab empt. disc.* Atque hoc argumento, tanquam à majori ad minus, mox probat, etiam partem contractus pactione mutari posse, puta ut vel pars tantum rei venditæ aut locatæ vendita vel locata maneat, vel ut augeatur minuaturve pretium aut merces. *l. 2. ff. de resc. vend. d. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt. l. si unus. 27. §. 2. vers. quod si non. hoc tit.* Quomodo verò hæc pacta insunt contractui, quæ novum contractum inducunt? Respondemus hisce pactis proprie non tam renovari contractum, quam reformari & repeti, id quod apud Ulpianum satis indicant notæ improprietatis, *quodammodo, quasi.* Hæc autem ea pacta sunt, quæ Græcis τὰ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος συμφωνούμενα, Ulpiano, quæ ex eodem sunt contractu. κατὰ φύσιν est κατ' οὐσίαν· ex eodem contractu, ex substantia contractus.

9. Eo-

9. Eorum autem pactorum, quæ contra substantiam contractuum adhibentur, eorumve naturæ repugnant, quædam tanquam accessiones insuper habentur, & nullius momenti sunt salvo contractu; veluti si convenerit in societate, ut ab ea non liceat recedere. *l.14. junct. l. nulla. 70. ff. pro soc.* aut ut ad unum lucrum, ad alterum damnum pertineat. *l. si non fuerint 29. §. 2. eod.* in deposito aut precario, ut non nisi post certum tempus repetatur. *l.1. §. antepen. & pen. ff. dep. l. cum precario. 12. ff. de prec.* Quædam priorem contractum renovant, novæque conventionis jus ac nomen inducunt: veluti si in deposito, commodato mandato convenerit, ut merces pręstetur: hîc enim ex deposito, commodato, mandato, quæ natura sua gratuita sunt, efficietur locatio & conductio. *l. 1. §. si vestimenta. 8. ff. depos. l. 5. §. 2. ff. commod. l. si polienda. 22. ff. de præscr. verb. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. obl. §. ult. Inst. mand.* Natura emptionis & venditionis est, ut pretium & merx inter se commutentur, locationis & conductionis, ut merces & usus rei: si convenerit, ne pretium aut merces detur, donatio est, non emptio aut loca-

locatio. *l. si quis. 38. ff. de contr. empt. l. si quis. 46. ff. locat.* Natura societatis est, ut uterque aliquid conferat; si convenerit, ut alter solus conferat, alter nihil; non societas, sed donatio est. *l. 5. §. ult. pro soc.*

10. Denique quædam pacta notam contractus, cui apponuntur, naturam egredientia, non tam contractum transformant, quam alterant: veluti si quis pecuniam hac lege deposuerit, ut depositario ea uti liceret, & ut præstaret usuras: hæc enim conventio licet excedat depositi modum; non tamen efficit, ut res in alium contractum abeat. *l. Lucius. 24. l. Publia. 26. §. 1. ff. depos. add. Hotom. illust. quæst. 36. & 37. Cujac. 2. obs. 15. & ad l. 7. §. quinimo. 5. & seq. ff. hoc tit. Pac. Duar. & Baron. ibid. Borcholt. c. ult. de pact. n. 56. & 57. Bachov. c. de pact. renovat.*

11. Explicemus nunc, quod hic locus omnino postulat, quando pactum in continenti contractui adjectum esse intelligatur. Ex continenti sive in continenti, unde Gallicum *incontinent*, locutio est Jurisconsultis familiaris, idem significans, quod sine ulla intermissione, è vestigio, illicò, confestim, conti-

nuò,

nuò, παραχρῆμα, εὐθὺς, quibus opponuntur *postea, post tempus, ex intervallo*, μετὰ χρόνον. Eum, qui cum armis venit, possumus armis repellere; sed hoc *confestim*, ait Ulpianus in *l.3. §. eum autem. 9. ff. de vi & de vi arm.* & mox eundem, qui dejecit, permissum dejicere, non *ex intervallo*, sed *ex continenti*. quod Julianus in *l. qui possessionem. 17. ff. eod.* dicit *illico*, *in ipso congressu*. In *l. si usuras. 21. C. de usur.* in continenti dicitur facta numeratio, quæ pignoris dationem è vestigio secuta est. In *l. lecta. 40. ff. de reb. cred. l. si ita. 135. §. Seia. 2. ff. de verb. oblig. l.3. C. de ædil. act.* pactum in continenti factum aut secutum, est pactum contractui continuo appositum, junctumque quasi negotii quadam continuatione.

12. Continens enim inter alia Latinis idem est, quod Græcis συνέχον. Continentia urbis appellamus ædificia urbi juncta & contigua. Unde Romæ etiam ea fieri intelliguntur, quæ in continentibus Romæ ædificiis fiunt, id est, in suburbiis, ἐν προαστείοις. *l. ædificia. 139. l. mille passus. 154. l. collegarum. 173. §. 1. l. absentem. 199. ff. de verb. sign.* Qui in continentibus urbis nati sunt, Romæ

mæ nati intelliguntur. *l. 147. eod.* Sic continentes provincias veteres dicebant, quæ Italiæ conjunctæ sunt, ut Galliam & Provinciam, quod Italiæ proxime cohærent nullo interjecto mari. *l. notionem. 99. §. 1. eod.* Cicero in epistolis partem Cappadociæ continentem cum Silicia facit. Cæterum hæ voces, *ex continenti* vel *in continenti* pro re subjecta aliter atque aliter accipiuntur.

13. Interdum in continenti accipere debemus ἐν πλάτει cum modico spatio & laxamento aliquo temporis, quod arbitrio judicis sit definiendum. *l. 1. §. item si ita. 8. ff. ad leg. Falc. l. ratum. 13. ff. de solut.* Quemadmodum & Sicilia inter continentes provincias numeratur, eo quod modico tantum freto Italia dividitur. *d. l. notionem. 99. §. 1. de verb. sign.* In lege Julia de adulteriis coërcendis, qua permissum patri filiam in adulterio deprehensam una cum adultero occidere, sed in continenti, τὸ *in continenti* sic acceptum est, ut si dum adulterum occidit, filia profugerit, patre non dissimulante, & interpositis horis apprehensa sit, & à patre, qui eam persequebatur, occisa, in con-

continenti occisa videatur. *l. quod ait lex. 23. §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Interpositis horis, est μεθ' τινας ὥρας, post horas aliquot, ut Græci *lib. 60. Basilic. tit. 37.* Interdum & quod triduo post factum est, ex continenti factum intelligitur, ut in specie *l. ult. C. de err. advoc.* ut & illico fieri, quod fit intra triduum proximum, ut in *l. ult. C. de judic.* In materia defensionum Græci interpretantur in continenti ἐντὸς δύο ὡρῶν; ut ex Theodoro Hermopolite adnotavit Cujacius *lib. 5. obs. 18.*

14. Pacta autem ex continenti fieri dicuntur, quæ fiunt in ingressu contractus. *l. 7. §. quinimò. 5. ff. hoc tit.* in ingressu, id est, initio contractus. *l. initio. 5. C. de pact. int. empt. l. contractus. 23. de reg. jur. l. si alienam. C. de fidejuss.* quæ ab initio fiunt. *l. 5. §. 2. ff. commod. l. Lucius. 24. ff. depos. in fin.* Græcis ἐν ἀρχῇ γινόμενα. Initium autem & ingressum non debemus intelligere primum contrahentium congressum de re aliqua tractare incipientium: nam quomodo pacta de re ad contractum pertinente fieri possunt, cum de re ipsa nihildum tractatum est? sed quæcunque ante tractantur & agitantur inter con-

trahentes, quibus efficitur, ut res tandem conveniat, de qua agi cœptum eſt, ea contractus initium rectè appellamus, quia plenum in rem conſenſum antecedunt: item ingreſſum, quia ſunt ejuſmodi, per quæ ingredimur & pervenimus ad eum conſenſum. Neque enim verbi cauſa, ut primum aliqui de re emenda vendendaque tractare inter ſe cœperunt, ita continuo emptio inter eos contrahitur; ſed longum ſæpe tempus intercedit prius, quam de re conveniat. *l. 8. C. de reſc. vend.* Qua ratione quæ in ingreſſu contractus fieri dicuntur *d. l. 7. §. quinimo.* alibi dicuntur fieri tempore contractus. *l. pen. C. de pact. int. empt.* quia ſcilicet fiunt per id tempus, quo res geritur, ſeu in negotio gerendo, ut hoc expreſſit Ulpianus *l. paciſci. 31. ff. hoc tit.*

15. Quid ergo, an non etiam ea pacta in continenti fieri recte dicuntur, quæ negotio contracto mox ſine ullo intervallo ſubjiciuntur? Et multi quidem hoc recte dici poſſe fatentur ſecundum verbi ſignificationem, ſed negant id poſſe intelligi in quæſtione propoſita, cum ſcilicet, *incontinenti* & *poſtea* ſive *ex intervallo,* opponuntur. & ſanè

ſanè non ſine ſpecioſis admodum rationibus. Nam primum ea pacta in continenti fieri definit Ulpianus *d. l. 7. §. quinimò*. quæ legem contractui dant, id eſt, quæ ſunt moderamen & temperamentum quoddam contractus, ſine quibus contractus initus non fuiſſet. At non alia pacta videntur legem contractui dare poſſe, quam quæ interponuntur antequam de re convenit in negotio gerendo, cum adhuc contractus eſt in fieri, ut poſſit per pactum formari, ut loquitur Caſtrenſis in *d. l. 7. §. quinimo*. Contractus autem jam perfectus & abſolutus non poteſt eorum judicio aliam formam à pacto accipere; quia inter ſe pugnent, venditionem verbi cauſa contrahi ſimpliciter, & contrahi certa lege. Deinde in *l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.* ajunt, non tantum ſcriptum eſſe, eam conventionem valere, quæ facta eſt initio venditionis: ſed etiam additum nominatim, eam non valere ad agendum, quæ initio facta non ſit. Neminem autem dicere poſſe pacta in ingreſſu aut initio contractus facta eſſe, quæ contractu jam perfecto ſecuta ſunt: licet enim ſtatim ſequantur, fieri tamen po-

ſtea, id eſt, poſt contractum negotium. Quamobrē etſi maximè non repugnat ſignificationi verbi, ut dicamus etiam ea pacta in continenti adjici, quæ contractui jam perfecto è veſtigio apponuntur; tamen non poſſe dici adjecta in ingreſſu, initio contractus; neq; etiam in continenti ad hunc effectum, ut actionem contractus forment, legem contractui dent, eique inſint & partem ejus conſtituant. Verum enimverò vix eſt, ut ego huic ſententiæ acquieſcere poſſim. Movet me in contrarium locus Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimò.* ubi Juriſconſultus ſic definit, ut ſiquidem pacta ex continenti ſubſecuta ſunt, etiam ex parte actoris inſint; ſin ex intervallo, non item. Nam his verbis, ſi quid ego video, ſatis aperte ſignificat etiam ea pacta, quæ poſt contractum, dummodo ſine intervallo, ſubjiciuntur, ex parte actoris ineſſe: ex adverſo verò non ineſſe, ſi quid poſt contractum ex intervallo convenerit; quomodo & ipſe poſtea hoc explicat. Et huic ſimile eſt, quod Imperatores in *l. 3. C. de ædil. act.* reſcribunt, poſſe emptorem experiri ſecundum fidem non modo pacti antecedentis, verum etiam in continenti ſecuti:

ſecuti: ubi palam eſt per pactum antecedens intelligi id, quod in ingreſſu ſive initio aut tempore contractus interpoſitum eſt; in continenti ſecutum, quod mox contractui adjectum. Unde neceſſariò conſequitur, ea quoque pacta, quæ in continenti ſubjiciuntur, contractui bonæ fidei ex parte actoris ineſſe, actionemque ex contractu deſcendentem formare, ejuſque velut partem cenſeri διὰ τὴν συνέχειαν, & propter laxam benignamque horum contractuum naturam. Itaque quod dicitur in contractu aut initio contractus fieri, neceſſe non eſt ſic præciſè accipi, ut excludatur id, quod in continenti nullo alio actu interveniente ſubſequitur, & demum quaſi ſeriò negotium bonæ fidei concludit. Nam & alias, quod ſtatim perfecto negotio interponitur, veluti tutoris auctoritas. *l. ſi quis. 25. §. juſſum. 4. ff. de acq. her.* in ipſo negotio interpoſitum dicitur. *l. obligari. 9. §. tutor. 5. ff. de auct. tut.* eo quod συνεχῶς, continenter, & quaſi calente adhuc negotio ſubſequitur. & ſic etiam in ſolutione ſive in re præſenti conſtituere dicitur, in quam cauſam ſolutum velit, qui ſtatim atque

ſolutum eſt, conſtituit. *l. 1. in fin. ff. de ſolut.* Neque huic interpretationi refragantur hæc verba Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimò. ff. hoc tit. ea pacta inſunt, quæ legem contractui dant; id eſt, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt.* Nam particula, *id eſt*, hoc loco non eſt ὁριστικὴ, ſed παραδειγματικὴ, non definit, ſed declarat, quemadmodum paſſim exemplis deſervire ſolet, uti obſervare licet in *l. ſi ex cauſa. 9. in fin. pr. ff. de minorib. l. 8. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. l. 3. §. cæterum. 12. ff. de acq. poſſ.* ſexcentiſque aliis locis, adeoque iterum in eadem illa *l. 7. §. pactorum. 8.* ibi, *id eſt, ne à L. Titio petam.* Perinde igitur verba iſta accipienda ſunt, ac ſi ſcriptum eſſet, *ea pacta inſunt, quæ legem contractui dant, veluti quæ in ingreſſu contractus facta ſunt.* Pacta quoque ſtipulationi in continenti ſubjecta ſtipulationi ineſſe reſponſum eſt. *l. lecta. 40. ff. de reb. cred,* ſed nimirum, quod locus iſte ſolummodo probat, ex parte rei: ex parte verò actoris in ſtipulationibus, quarum ſtricta eſt natura, tantundem dicere non auſim. Sed de eo poſtea ex profeſſo.

CAP.

CAP. X.

An pacta in continenti adjecta contractibus stricti juris ex parte actoris similiter insint, ut bonæ fidei judiciis.

1. *Argumenta, quibus ostenditur pacta, licet in continenti facta, non inesse strictis judiciis ex parte actoris.*
2. *Removetur objectio quadam ex l. 1. §. quod vulgo. 25. de vi & de vi arm.*
3. *Nullum locum in jure nostro occurrere, quo probari possit pactum mutuo aut stipulationi in continenti appositum actionem parere.*
4. *Cur usura in bona fidei judiciis ex pacto statim apposito debeantur, credita pecunia non item.*
5. *Confutatio argumentorum, quibus plerique probare conantur pacta mutuo adjecta prodesse creditori ad actionem.*
6. *Respondetur ad argumentum ductum ex l. in traditionibus. 48. hoc tit.*
7. *Non rectè ex l. venditor. 13. comm. prad. colligi, pacta ex continenti facta*

stipulationi inesse à parte stipulatoris.

8. *Explicatur l. petens. 27. C. hoc tit.*

9. *Sententia l. 4. §. ult. ff. hoc tit. & l. si ita quis. 135. §. 2. de verb. obl.*

10. *Interpretatio l. lecta. 40. de reb. cred.*

11. *Omnis oratio, quantumvis generalis, de his tantum accipienda, de quibus actum est.*

12. *Conclusio & summa præcedentis disputationis.*

QUæstio est agitata in Academiis, an quæ pacta in continenti subjiciuntur cōtractibus stricti juris, ea perinde contractum, cui apponuntur, forment, prosintque actori ad actionem, ut ea, quæ in continenti adjiciuntur contractibus bonæ fidei. Mihi verior semper visa est sententia negantium, quam & amplexi sunt *Cuiac. & Bus. ad l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit. Alciat. & Donell. ad l. in bona. 13. C. eod.* & novissime duo eximii Jurisconsulti *Diod. Tuldenus, & Ant. Perezius in tit. Cod. eod.* nec non *Henr. Zoes. ad Pand. eod. n. 61. & seqq.*

1. Etenim persuadere mihi non possum frustra esse, quod veteres, cum pro regula tradunt, pacta in conti-

nenti

nenti facta ex parte actoris inesse, nominatim addunt, in bonæ fidei judiciis. *d. l. 7. §. quinimo. l. in bonæ. 13. C. eod.* Quorsum enim hæc adjectio, *in bonæ fidei judiciis*, nisi ut intelligamus in strictis judiciis non idem juris esse? Non licet hic dicere Jurisconsultum in *d. l. 7. §. quinimo. 5. & seq.* exempli duntaxat causa mentionem facere judiciorum bonæ fidei, non quia aliud juris sit in judiciis strictis: quoniam cum variis exemplis rem illustret, nullum tamen profert, nisi judiciorum bonæ fidei. Sic cum dicitur, in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi. *l. mora. 32. §. 2. ff. de usur.* hoc significari constat, deberi in hisce judiciis tantum, non etiam in judiciis stricti juris: quippe in quibus non debentur, nisi in stipulationem deductæ. *l. Titius. 24. ff. de præscr. verb. l. 3. C. de usur.* Similiter cum dicunt Consulti exceptiones pacti & doli inesse bonæ fidei judiciis. *l. 3. ff. de resc. vend. l. sed & si. 21. in fin. ff. sol. matr.* Hoc eos dicere intelligimus, in his solum inesse, in strictis non item: quoniam in strictis exceptiones non veniunt, nisi nominatim contestatæ. *l. siquidem. 9. l. ult. C. de*

 except.

except. Denique supervacuum & ineptum esset de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiciuntur.

2. Plane non nego interdum de certis rebus nominatim aliquid pronuntiari, quod tamen tanquam παραδειγματικῶς prolatum, etiam de rebus aliis accipi oporteat: veluti quod vulgo dici Iurisconsultus in *l. 1. §. quod vulgo. 25. ff. de vi & de vi arm.* scribit, saltuum hibernorum æstivorumque retinere nos animo possessionem. Id enim ait exempli tantum causa Proculum dixisse: cæterum idem esse in prædiis omnibus, ex quibus non hac mente recedimus, ut possessionem omittamus. Sed quod hæc definitio concepta sit de saltibus hibernis & æstivis, hoc eam rationem habet, quia eos certis temporibus relinquere solemus. *l. 3. §. saltus. 11. ff. de acq. poss.* quod in aliis prædiis ita fieri non solet. Eadem tamen omnium ratio est, quod attinet ad possessionem animo retinendam: cum judiciorum bonæ fidei & stricti juris in re proposita ratio longè sit diversa.

3. Po-

3. Postremò nullus in libris nostris locus occurrit, quo probari possit, pactum mutuo aut stipulationi quantumvis in continenti appositum, actionem parere, contractibus istis legem dare, actionemve eorum formare, ita his inesse, ut ex eo aut ex contractu, cui apponitur, agi possit ad id, quod pacto comprehensum est, augere aut extendere verborum aut pecuniæ creditæ obligationem. Proponamus me stipulatum esse fundum dari, & deinde convenisse in continenti, ut ad fundum accederet familia rustica aut boves aratorii; nam pactum stipulationi apponi non potest, nisi post responsionem; cum id quod verbis ipsis continetur, pars sit stipulationis. Ajo familiam rusticam bovesve aratorios neque ex pacto neque ex stipulatu peti posse; ut ut pactum factum sit statim & subjectum stipulationi. Ratio est, quia natura stipulationis hæc est, ut, quoniam verbis, non solo consensu fit, pro omisso habeatur, quicquid palam verbis non est expressum. *l. quicquid. 99. ff. de verb. oblig.* Similiter si tibi centum dedero mutuò, & in dando hanc legem adjecerim, ut præter centum mihi red-

deres

deres & alia quinque: nihil agitur hoc pacto. Dices hoc pactum ideo non valere, quia re obligatio contrahi non potest ultra quam datum est. *l. si tibi. 17. pr. ff. hoc tit.*

4. Sed cur pacto in continenti adjecto non idem hîc efficitur, quod interposita stipulatione? Usuræ in bonæ fidei-judiciis etiam ex pacto statim apposito debentur. *l. cum quidam. 17. §. ex locato. 4. ff. de usur. l. 5. C. de pact. int. empt.* creditæ pecuniæ non item. *l. 3. C. de usur.* Cur tam variè? An quia usuræ odiosæ? At hac ratione efficeretur, ut ne in bonæ fidei quidem judiciis usuræ ex pacto peti possent, per *l. quod si locus. 11. ff. de religios. l. 7. ff. de serv. export.* & quid si convenerit, ut usuræ unciæ duntaxat, aut sextantes præstentur? Denique non à favore vel odio, sed ex eo, quod pacta vel insunt, vel non insunt, quæstionis hujus decisio petenda: fieri enim non potest, quin ubi pactum contractui inest, partemque ejus constituit, ex ratione juris actio quoque ex eo contractu ad petendum, quod pacto comprehensum est, competat. Non alia igitur hic quærenda ratio, quam quæ à Paulo red-

redditur *lib. 2. sent. 14.* scilicet quia ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur. Quibus verbis manifeste significat, nulla pacta mutuò adjecta inesse ex parte actoris, sivè prodesse ad actionem, utpote quæ in partem hujus contractus transire nequeant; & ideo effectu manere nuda. Contractuum verò bonæ fidei alia ratio est, & eorum maximè, qui solo consensu perficiuntur: nam ut hi contractus solo consensu constant, ita & omnem consensum, tanquam naturæ suæ convenientem admittunt: ac de his potissimum hic agi exempla declarant. Occurrunt quidem & exempla pactorum, quæ in contractibus bonæ fidei, qui re perficiuntur, interposita & ipsa his contractibus insint; cæterum præter exemplum de usuris in deposito irregulari. *l. Lucius. 24. ff. depos.* non alia, quam quæ circa præstationes horum contractuum fiunt; veluti ut in deposito culpa quoque præstetur, ut in commodato aut pignore dolus duntaxat, aut præter dolum & culpam etiam casus fortuitus. *l. 1. §. si convenit. 6. ff. depos. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 1. C. eod. l. qua fortuitis. 6. C. de pign. act.*
cujus-

cujusmodi tamen pactis locus esse non potest in mutuo. Argumentorum, quibus hæc sententia oppugnatur, & contraria adstruitur, magna est copia; cæterum vix unum & alterum, quod stringat. Congessit ea Iohan. Gœddæus *tract. de contr. & committ. stipul. c. 8. concl. 2.* ubi magno molimine conatur probare etiam in contractibus strictis pacta ex continenti facta inesse à parte actoris, actionemque verbi causa ex stipulatu aut condictionem certi formare. quæ & DD. communis est opinio, probata quoque Hotomanno *illustr. quæst. 36. & 1. amicab. resp. 31.* Duareno & Ant. Fabro in *l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit.*

5. Primum videbimus, an ita se res habeat in mutuo. Affertur hîc pro firmamento istius assertionis textus in *l. 3. ff. de reb. cred.* ubi Pomponius ait, in mutuo etsi cautum non sit, ut æque bonum reddatur, tamen non licere debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere. Ex quo colligunt, si hoc cautum sit & tale pactum mutuo adjectum, id ex parte creditoris inesse, eique prodesse ad actionem. Ridiculè. Nihil enim illa cautio addit

mutuo.

mutuo. quippe cum ut res eadem bonitate reddatur, qua data est, naturæ ipsius mutui insit citra ullam aliam conventionem, ut ipse Pomponius hoc explicat. Ait Gœddæus posse mutuum contrahi cum pacto depositi, idque probari existimat per *l. quod si. 10. ff. de reb. cred.* ubi tamen inversus casus proponitur, nempe pecuniæ depositæ sub lege mutui, ut liceret depositario, si velit, ea uti. Sed ponamus me tibi centum mutua dedisse ea lege adjecta, ut si non utaris, sint apud te deposita; nihil hoc ad præsentem disputationem pertinet: nam ex hujusmodi pacto non novam induit mutuum qualitatem, non formatur actio, non extenditur obligatio pecuniæ creditæ, nec ob id agi potest ex mutuo, ut vel utatur debitor pecunia, vel eam habeat apud se depositam: sed si, quod ei liberum, utatur, mutuum erit, si non utatur, depositum. Non majoris ponderis est argumentum petitum ex *l. aut mutua. 6. ff. de eo quod cert. loc.* posse nimirum me pecuniam mutuo dare ea lege, ut solvatur certo loco: nam hoc pacto non extenditur actio, sed potius restringitur, & hoc efficitur, ut ne debitor

tor possit alibi conveniri. Utique non ea est hujus pactionis vis, ut quis actione aliqua compelli possit ad solutionem illo loco faciendam.

6. Atenim generaliter, ajunt, definitum est, in traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere. *l. in traditionibus. 48. hoc. tit.* Ergo valet, inquiunt, & pactum quodvis adjectum mutuo. Respondeo cum Bachovio, id non aliter procedere, quam si datio & traditio sit irrevocabilis; cujusmodi est in iis, quæ constituunt contractum innominatum. Cum enim rem meam in alium pleno jure transfero, æquissimum est, ut rem accipienti eam, quam velim, legem dicam, eaque firmè custodiatur. Deinde procedere hoc in dationibus & factis informibus, & quibus ipsa pacta adjecta dant formam: quod item accidit in contractibus innominatis, quia à pacto dationi adjecto formam accipiunt. Male itaque dicta regula applicatur pactis, quæ apponuntur contractibus formam certam à jure habentibus, & præterea dationem traditionemve revocabilem, aut talem utique, pro qua aliud æquivalens præstetur; quibus ut pacta quævis

vis utiliter apponi admittamus, ratio juris civilis non patitur. Finge mutuum mihi hac lege datum esse, ut curem negotia creditoris, ut tabulam ei pingam, ut pro eo Romam eam, non existimo his pactis me firmiter obstringi; maxime cum mutuum natura sua sit gratuitum, & hujusmodi pacta in fraudem legum de usuris fieri possint. Nec dubito, quin falsa sit sententia Ant. Fabri in *l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit.* affirmantis omnibus hisce casibus actionem præscriptis verbis competere, quasi ex contractu do ut facias. Nam ubi pecunia non ita mihi datur, ut mea perpetuò maneat, ibi dici non potest esse contractum do ut facias. Si commodato talem legem adjecero, ut commodatarius tabulam mihi pingeret, numquid ridiculum esset, mihi ex tali pacto actionem concedi? Denique tota hæc disputatio est de pactis actionem ipsius contractus, cui apponuntur, formantibus & extendentibus, eamque ipsam porrigentibus etiam ad id, quod pacto comprehensum est.

7. Sed fortassis procedet ista opinio in pactis adjectis stipulationi. Urgent hic Hotomannus & Gœddæus verba Ul-

Ulpiani in *l. venditor. 13. ff. comm. præd. personæ possidentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.* quasi his verbis id significaret Jurisconsultus, obligari possidentes per pactionem stipulationi aut venditioni adjectam. Atqui species ipsa illic proposita hanc interpretationem non patitur: nam unus tantum casus proponitur de venditore fundi dante legem alii fundo, quem retinebat. Itaque quod subjicitur, possidentium personas obligari per stipulationis vel venditionis legem, id non eum sensum habet, quem Hotomannus & Gœddæus putant, sed hunc, obligari eos per stipulationem vel pactionem venditioni adjectam, sive per legem stipulatione vel pacto venditioni datam. Non enim pactio solum, sed etiam stipulatio statim contractui adjecta lex dicitur. *l. legem. 9. C. de donat. Cuiac. 8. ad African. in l. 24. ff. de præscr. verb.*

8. Mirificè autem sententiam suam juvari putant rescripto Imperatorum in *l. petens. 27. C. hoc tit.* nam illic ita scriptum est; *Petens ex stipulatione, quæ placiti servandi causa secuta est, seu antecessit pactum, sive post statim interpositum*

tum

tum sit, rectè secundum se ferri sententiam postulat. Hìc Hotomannus, quid aliud est, inquit, petentem ex stipulatione, quæ pactum antecessit, audiendum esse, nisi actionem ex stipulatione, cui pactum in continenti subjectum est, competere? Denique ad actionem procurandam nihil interesse, utrum ante, an post stipulatio facta sit. Sed non videtur Hotomannus satis pensiculatè rescriptum illud examinasse. Verba ipsa ostendunt agi illic de eo casu, quo quid petitur ex stipulatione, quæ placiti servandi causa secuta sit, sive de stipulatione facta pacti confirmandi gratia. Et hìc ajunt Imperatores nihil referre, utrum pactum præcesserit, an post statim interpositum sit. Prima facie hæc inter se pugnare videntur: quomodo enim fieri potest, ut stipulatio sequatur pacti ejus servandi causa, quod ipsum demum post stipulationem interponatur? Et certum est eodem sensu ac ratione utrumque simul statui non posse: at diversis rationibus potest. Nam quæ stipulatio præcedit tempore vel scriptura, ea nihilominus recte dicitur sequi, nempe natura & intellectu, ut

bene

bene *Cuiac. 10. obs. 24. Donell. ad hanc l. 27. C. de pact.* Quippe in concipiendo pacto & stipulatione, de quibus agitur, duplex ordo est; naturalis unus, quem sibi proponit mens & cogitatio contrahentium; alter scripturæ, quo duo ista in instrumento scribuntur. Ordine naturæ stipulatio omnis, quæ adhibetur pacti servandi causa, semper sequitur: prius enim est, ut sit pactum, quam ut firmetur stipulatione. At scripturæ ordo inverti potest, ut incipiatur à stipulatione hoc modo; *Quæ infra scripta sunt, ea sibi dari fieri stipulatus est Publius Mævius, spopondit Lucius Titius. Quæ autem inter se pepigerunt, ea sunt, quæ sequuntur*, &c. Hoc verò cùm sit, locus est huic rescripto. Et nimis igitur temere Hotomannus pronuntiat, ineptissime in hoc rescripto legi *secuta*, pro *facta*. Quod autem exigunt Imperatores, ut pactum statim post stipulationem interponatur, id non exigunt propter stipulationem, sed propter pacta, quæ sequuntur, ut sciatur, utrum ad præcedentem stipulationem pertineant, nec ne.

9. Adhæc non leve momentum ad sententiæ suæ confirmationem reperisse

riſſe ſe exiſtimant in *l. 4. §. ult. ff. hoc tit. & l. ſi ita quis. 135. §. 2. ff. de verb. obl.* Sed neque in his locis cur aliquid præſidii ſibi poſitum putent, juſtam cauſam habent. Nam quod ad *d. l. 4. §. ult. ff. hoc tit.* attinet, ſive caſum ita formemus, ut ponamus ſtipulationem ſortis & uſurarum præceſſiſſe, ac mox huic ſtipulationi pactum ſubjectum de non petenda ſorte, donec uſuræ ſolverentur: ſive cum Accurſio dicamus præceſſiſſe conventionem, quam ſecuta ſit ſtipulatio, in qua tamen præcedens conventio repetita videatur, juxta *l. Titia. 134. §. 1. ff. de verb. oblig.* neutrum efficit, quod volunt. Nam nec ulla hîc quæſtio eſt, an pacta detrahentia à parte rei inſint, reoque ipſo jure defenſionem parent incontinenti ſtipulationi adjecta, quale proponitur in *d. l. 4. §. ult.* ſed an pacta adjicientia & augentia obligationem inſint à parte actoris, eique proſint ad actionem: nec ille caſus huc pertinet, cum non pactum ſtipulationi, ſed ſtipulatio pacto ſubjicitur. Atque ob hanc candem rationem fruſtra quoque ſibi opem quærunt in reſponſo Juriſconſulti in *d. l. ſi ita. 135. §. 2. ff. de verb. oblig.*

oblig. quippe cum nec in ſpecie illic propoſita conventio pertineat ad obligationem acquirendam augendamve, ſed duntaxat ad temperandam conditionem ſtipulationis; atque hanc ſolummodo vim habeat, ut non poſſit aut Titius hortos, aut Seja pecuniam ante diem petere.

10. Unus maximè locus ſententiæ eorum opitulari videtur, nempe *l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* Nam etſi Paulus illo loco non hoc dicit, pacta in continenti ſtipulationis facta ad actionem prodeſſe (nihil enim hoc ad quæſtionem illi propoſitam pertineret, cum agat ille de eo pacto, quo pactus erat creditor, non ut peteret, ſed contra ne peteret ſolidam ſortem, quæ prius ex ſtipulatione debebatur; quod genus pacti ex parte creditoris valere ad agendum natura ſua non poteſt) tamen hoc etiam admittere nos oportet, Paulum, cum ait pacta in continenti adjecta ſtipulationi ineſſe, eo dicto nihil aliud ſignificare, quam pacta in continenti facta ex ſtipulatione eſſe, eſſe partem ſtipulationis; denique ſtipulatione contineri, quod intelligetur ex quæſtione illi propoſita. Promiſſa erat

erat ſors tota Calendis cum uſuris totius ſortis. Pactum ſecutum eſt ex continenti ut ſors non jam tota ſolveretur Calendis, ſed particulatim conſtitutis certis penſionibus in ſingulos menſes. De uſuris quærebatur, an ſi tota ſors ex conventione ſoluta non eſſet Calendis, nihilominus totius ſortis uſuræ deberentur. In hac quæſtione ut efficiat Paulus totius ſortis uſuras non deberi, ſed ejus tantum penſionis, quam ſolvi oportuit, propoſitum illi eſt oſtendere ſuperiore pacto receſſum eſſe à ſtipulatione ſortis, non per exceptionem, ut quidam putabant, ſed ipſo jure, quaſi eo pacto renovata ſit præcedens ſtipulatio, id eſt, quaſi ſecundum hoc pactum ſtipulatio ſortis ab initio fuerit concepta. Utitur hoc argumento, quod hoc pactum ſtipulationi ineſſe videatur. Ex quo intelligitur Paulum hoc dicere, pacta in continenti facta ſtipulatione contineri. Hoc autem ſi verum eſt, conſequens eſt contra quam dicebamus, ſi quod pactum in continenti ſecutum eſt ſtipulationem, actionem eo nomine naſci ex ſtipulatione: quandoquidem ex ſtipulatu actio competit de iis rebus,

quæ

quæ stipulatione continentur. De quo ut jam respondeam, non nego hoc ipsum significari à Paulo, si quis generalitatem dicti sequi velit, non mentem intueri & sententiam scriptoris: sed verbum generis restringendum est ad id, de quo illic est sermo, & dictum ita accipiendum, pacta, nempe talia, quale hoc est, de quo nunc agitur, id est, quæ fiunt de ea re, quæ in stipulationem deducta est, ea pacta si in continenti seu è vestigio sequantur stipulationem, stipulatione contineri videntur. Quo declarat per ea ita renovatam videri stipulationem, ac si in verba eorum à principio stipulatio esset concepta: id enim fieret, si ea stipulatione continerentur. Quod si pactum erit de alia re, quam quæ in stipulationem deducta est, haud dubiè non continebitur illud stipulatione: nam quomodo contineri potest, quod verbis stipulationis non est comprehensum? *l. quidquid. 99. ff. de verb. obl.* Neque hæc inter se pugnant. Multum enim interest, utrum obligationi quid detrahas, ut in specie Paulo proposita factum est, an aliquid adjicias; & in re, quam adjicis, utrum conditio sit aut dies,

dies, aliave qualitas, an verò sit res & corpus novum, quod amplius promittas. Conditionem stipulationis mutare possumus manente stipulationis substantia, quæ ex re promissa constat, dummodo diversitas illicò placuerit. *l. 1. §. 3. d. tit.* Novam autem stipulationem constituere aliam atque aliam rem promittendo sine verbis, id est, sine interrogatione & responsione non possumus.

11. Hæc interpretatio ex mente Pauli defendenda est, quia placet orationem omnem, quantumvis generalem de his tantum accipiendam esse, de quibus actum est, ut innumeris locis ostendi potest. *l. qui cum. 9. §. ult. ff. de transact. l. si de certa. 31. C. eod. l. de eo. 12. §. 3. ff. ad exhib. l. ingenuum. 25. ff. de stat. hom. l. si procurator. 35. ff. de acq. rer. dom. §. fratris. 3. Inst. de nupt.* Quidam putant pactum in superiore specie prodesse etiam creditori ad actionem, nimirum ad petendas pensiones singulas earumque sua die non solutarum usuras. Sed malè. Nam creditor, qui totius sortis actionem ex stipulatione habuit, utique habuit & singularum partium actionem: itaque hanc ex pa-

cto non desiderat. Neque potest pactum hic propositum per rerum naturam proficere creditori ad aliquid petendum: quomodo enim posset actio esse ex ea conventione, quæ non ad obligandum promissorem interposita est, sed ad liberandum; non ut quid detur, quod prius dari non debuit, sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur? Tantum quæstio erat, an pacto isto etiam à stipulatione usurarum recessum esset, solutio quoque usurarum dilata ac divisa. Si verba spectamus, non videtur; si vim ac potestatem, contra. Nam cum ita paciscendo sortis solutionem distulerit & diviserit creditor, consequens omnino est, ut etiam divisisse intelligatur solutionem usurarum.

14. Ut summatim dicam, quæcunque pacta fiunt de eadem re, quæ stipulatione comprehensa est, sive hæc detrahant aliquid de summa præcedente, sive detrahant stipulationi diem aut conditionem, sive hæc duo stipulationi adjiciant, omnia sunt hujusmodi, ut si in continenti, id est, statim & sine intervallo stipulationi subjiciantur, rectè dicantur stipulationi inesse:

inesse: atque his pactis ita renovatur ipso jure stipulatio, ut quod pacto detrahitur, perinde sit, quasi nec in stipulationem venisset, sive summa detrahatur, sive dies aut conditio: cum autem dies aut conditio adjicitur, ut perinde sit, ac si à principio hoc stipulatione comprehensum esset. Intelligi autem debet omnia hæc pacta esse hujusmodi, ut his aliquid detrahatur de comprehensione stipulationis: nam & tunc, cum dies aut conditio adjicitur, revera aliquid detrahitur stipulationi, scilicet totum illud medium tempus, quod diem aut conditionis eventum antecedit; cum alioqui statim pecunia peti potuisset. Hoc intellecto recte dicemus pacta omnia stipulationi ipso jure detrahere, seu efficere, ut quod in his ex continenti factis stipulationi detrahitur, nec deductum in stipulationem videatur, detracto sine intervallo consensu, quamvis verbis manentibus. Quod si pacta obligationi adjicient, id est, de alia re præstanda facta erunt, quam de ea, quæ stipulatione continetur, hæc ita stipulationi inesse non possunt, ut his subjectis ex stipulatione agi possit. *arg. l. quid-*

quid. 99. ff. de verb. obl. Hæc ferme summa est eorum, quæ in hanc sententiam fuse disputantur à Donello in *d.l. lecta. 40. ff. de reb. cred. n. 23. & seqq. add. Cujac. in l. si ita. 135. ff. de verb. oblig.*

CAP. XI.

Quænam actio detur ad petendum id, quod pacto in bonæ fidei contractu interposito cautum.

1. *Ex pacto in bona fidei contractu interposito non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cui appositum.*
2. *Refelluntur Baldus & Duarenus, qui etiam præscriptis verbis dari existimant.*
3. *Species l. Labeo. 50. de contr. empt.*
4. *Baldi & Duareni sententiam juvari l. 6. de resc. vend. & l. 2. C. de pact. int. empt.*
5. *Cur recipi nequeat eorum opinio, qui putant particulam* vel *in d. l. 2. esse correctoriam.*

6. Ex

6. *Ex pactis, quæ tendunt ad dissolutionem contractus, cui adjiciuntur, actionem & ex contractu dari, & præscriptis verbis.*
7. *Falsum esse ostenditur, quod quidam existimant non posse ex eodem negotio competere duplicem actionem, quarum una sit bonæ fidei, altera stricti juris.*
8. *Movetur difficultas ex l. 4. de leg. commiss. & l. 16. de in diem addict.*
9. *Bachovium, dum hinc se expedire conatur, subtilem agere.*
10. *Non pugnare d. l. 4. & d. l. 16. cum sententia tradita n. 6.*

1. QUæ hîc nostra sit sententia, ex iis, quæ superioribus capitibus disseruimus, facile intelligi potest. Diximus illa pacta duntaxat inesse quæ conveniunt naturæ contractus, quæve pertinent ad præstationes ejus & adminicula; atque hæc in continenti facta actionem bonæ fidei contractus formare, eamque extendere etiam ad petendum id, quod pacto cautum est. Et igitur hîc ex contractu agitur, neque alia actio ex his pactis danda videtur, quam ejus contractus, cujus

in continenti appoſita ſunt. Nam quod Baldus in *l. 7. §. quinimo. hoc tit. n. 4.* & Duarenus *ibid.* duas ex hujuſmodi pactis actiones competere volunt, alteram informatam per pactum, quæ ſit ipſius contractus; alteram præſcriptis verbis, quæ naſcatur immediate ex pacto, id mihi neutiquam probari poteſt.

2. Eſt enim conſtanter traditum, ubi actiones uſitatæ & nominatæ competunt, non eſſe locum actioni præſcriptis verbis, ſed ad hanc demum decurri illis deficientibus. *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de præſcr. verb.* Itaque ſi, verbi cauſa, tibi vendiderim partem inſulæ, ut partem alteram conductam in aliquot annos haberes, aut inſulam vendiderim, ut alteram reficeres, aut vendiderim prædium ita ut uſuras, propter quas erat obligatum, penderem, cum ex omnibus his pactis actio ſit ex vendito aut empto. *l. fundi. 79. ff. de contr. empt. l. 6. §. 1. ff. de act. empt. l. ex conventione. 11. C. hoc tit.* actio propria contractus, cui inſerta ſunt, præſcriptis verbis ex his non dabitur. idemque de cæteris contractibus bonæ fidei, quorum in continenti pacta facta ſunt,

dicere

dicere licebit. Atque hoc certo quoque colligitur ex verbis Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimò. 5. hoc tit.* Nam si pacta ex continenti interposita hactenus solum operantur, quatenus contractui insunt & formant actionem ex contractu descendentem, non poterit ex his competere actio præscriptis verbis: quippe cum eatenus nec insint, nec actionem forment: quatenus enim insunt, partem faciunt contractus, cui apponuntur. At actio præscriptis verbis est actio nova, quam producere non alia ratione hæc pacta possunt, quam quatenus & ipsa constituerent contractum innominatum, ut ipsi contractus formati pro dationibus & factis haberentur, quod absurdum est, eoque posito quævis etiam pacta utilia forent, quod itidem ineptum esse supra demonstravimus.

3. Nihil pro dissentientibus facit *l. Labeo. 56. ff. de contr. empt.* Nam ut rectè Bachovius animadvertit, non agitur illic de pacto aliquo venditioni puræ adjecto, sed de venditione contracta sub conditione, quod etiam locus ipse satis ostendit. Proponitur bibliotheca vendita sub hac conditione, si

decuriones Campani locum emptori vendidiſſent, in quo eam poneret. In hac ſpècie ſi per decuriones Campanos non ſtet, quò minus conditio impleatur, Labeo actionem præſcriptis verbis dat, ad id videlicet, ut emptor aut impleat conditionem, aut venditori præſtet, quod ejus intereſt conditionem impleri. Ulpianus autem dat etiam ex vendito ad petendum pretium, tanquam purificata conditione, eo quod per emptorem ſtabat, quòminus impleretur.

4. Præcipue verò moti videntur Baldus & alii *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. l. 6. ff. de reſcind. vend.* quarum in altera proponitur fundus hac lege venditus, ut venditori quandoque pretium referenti reſtitueretur; in altera, ſi res quæ venit, intra certum tempus diſplicuiſſet, redderetur; atque utroque caſu conceditur vel actio ex empto, vel in factum præſcriptis verbis.

5. Hic ego probare non poſſum, quod à quibuſdam reſpondetur ad *l. 2. C. de pact. int. empt.* particulam *vel* eo loco non disjungere, ſed corrigere: nimirum verba hæc Imperatoris Alexandri, *actio præſcriptis verbis, vel ex ven-*

vendito tibi dabitur, non ita esse accipienda, quasi hic duas actiones Imperator concederet, quarum alterutra venditor pro arbitrio uti posset: sed posteriorem duntaxat ex vendito. Hoc pueri credant: viris autem id persuaderi posse non existimo. Apud Paulum Alexandri consiliarium in *d. l.6. ff. de resc. vend.* converso modo scriptum est duas actiones ex pacto illic proposito & emptioni adjecto competere, ex empto, aut proximam empti in factum. Quid ergo hic respondebunt? Si quis dixerit particulam *aut* apud Paulum simili modo esse correctoriam, non διαζευκτικήν, is solam admiserit actionem in factum præscriptis verbis, non ex empto: sin minus, fateatur utramque in specie Paulo propositа competere. Apud Pomponium ex sententia Celsi relatum est, si jusserim liberum hominem, qui bona fide mihi serviebat, aliquid facere, vel mandati cum eo, vel præscriptis verbis experiri me posse. *l. is qui.13. comm.* Quod si hic particula *vel* corrigendi vim habet, præscriptis verbis duntaxat, non etiam mandati experiri potero.

6. Quid ergo dicimus? nimirum in

prædictis locis proponi casus singulares, & pacta ejusmodi, quæ tendunt ad dissolutionem contractus, cui adjiciuntur; quod cum sit, apud veteres sit dubitatum, an etiam actio ex contractu danda esset: exempli causa, an etiam de eo pacto actio ex vendito danda, quod venditionis distrahendæ gratia appositum est, nam certo jure jam olim admissa hîc fuit actio præscriptis verbis. *l. si vir uxori. 12. ff. de præscr. verb.* & placuit tandem etiam ex vendito agi posse, ita tamen, ut & altera adhuc manserit, atque in arbitrio paciscentis jam sit, utra in hujusmodi casibus experiri velit.

7. Quod vero quidam existimant ne his quidem casibus cum actione ex contractu concurrere posse actionem præscriptis verbis, neque fieri unquam posse, ut ex eodem negotio & actio, verbi causa, ex vendito detur, & actio præscriptis verbis, propterea quod illa bonæ fidei, hæc stricti juris sit, id ego falsum esse non dubito. Nihil enim impedit, quo minus ex causa emptionis, locationis, mandati, societatis, tutelæ, negotiorum gestorum utar condictione certi, quæ stricti juris est *l. 4.*

§. 1.

§. 1. l. 9. pr. & §. 3. ff. de reb. cred. l. in duobus. 28. §. exceptio. 4. ff. de jurejur. quamvis etiam ex empto, locato, &c. agere possim. De commodato, deposito, pignore idem dicendum est. *l. 4. §. 1. & d. l. 9. §. 3. ff. de reb. cred.* Et est extra pecuniam numeratam hîc etiam locus condictioni triticiariæ. *l. 1. ff. de cond. tritic.* Nulla autem condictio propriè dicta, nempe qua aliquem nobis dare oportere intendimus, actio est bonæ fidei. Et quid ni debitor soluto debito pignus condicere queat, condictione sine causa? *l. 4. §. 1. ff. de reb. cre.* Sic in specie *l. 2. ff. de cond. sine caus.* locati actio cum condictione sine causa concurrit. in *l. ex empto. 11. §. is qui vina. 6. ff. de act. empt.* actio ex empto cum eadem condictione sine causa.

8. Sed hîc nobis occurritur ex *l. 4. ff. de leg. commiss. & l. Imperator. 16. ff. de in diem addict.* quibus & ipsis locis de iis pactis agitur, quæ spectant ad dissolutionem contractus, cui applicantur; & tamen non alia actio illic conceditur, quam ejus contractus, in quo sunt interposita. Etsi autem hoc sententiam nostram juvat, quatenus defendimus ex pactis in continenti adje-

ctis non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cujus in continenti facta sunt; tamen alia parte nobis adversatur, quatenus dicimus ex pactis resolutoriis, quæve tendunt ad contractus, cui apponuntur, rescissionem, utramque actionem competere, & præscriptis id factum verbis, & eam, quæ fit ex contractu. Hic

Pauci, quos æquus amavit
Iupiter &c.

expedire se potuerunt.

9. Bachovius Jurisconsultus subtilissimus, non tamen tam suæ sententiæ adstructor, quam destructor alienæ, existimat esse iterum aliquid singulare in casibus, qui referuntur *d. l. 16. ff. de in diem add. & d. l. 4. ff. de leg. commiss.* propter quod ex istis pactis, ut ut resolutoriis, una duntaxat actio, eaque ex contractu, cui sunt apposita, detur, non etiam præscriptis verbis: & nimirum ideo, quia actio præscriptis verbis non datur, nisi in id, quod interest impletum esse, de quo convenit: cui consequens sit, ubi potestate legis impletur, quod in conventionem deductum est, ibi cessare actionem præscriptis verbis; idque evenire in lege com-

commissoria & addictione in diem, si pecunia sua die soluta non sit, aut melior sit allata conditio; utpote quibus casibus ipso jure, & sine ulla actione contractus resolvitur. *l. 1. l. 5. ff. de leg. commiss. l. 2. pr l. 4. §. 3. l. 9. ff. de in diem addict.* Quod si porro quis objiciat, resoluto ipso jure contractu ne actioni quidem contractus locum esse posse, respondet hanc quidem rationem fuisse dubitandi, quasi dominio ipso jure ad venditorem reverso res vendicanda sit: obtinuisse tamen, ut actio contractus daretur; quia utique semel intercessit & intermedio tempore verè substitit: & maxime ob præstationes personales, quæ in judicium vindicationis commodè venire non possunt.

10. Cæterum etsi hæc à viro ingenioso subtiliter disputantur; mihi tamen longe verisimilius esse videtur, quod veteres etiam in casibus *d. l. 4. ff. de leg. commiss. & d. l. Imperator. 16. ff. de in diem addict.* & similibus ad rescindendam venditionem pertinentibus, tantum admiserint actionem præscriptis verbis. Patet hoc ex *l. si vir uxori. 12. ff. de præscr. verb.* cujus responsi auctor est Proculus, vetus juris

con-

conditor. Neque difficilis eſt ad *d. l. 4. & ad d. l. 16.* reſponſio; nempe etſi quidam exiſtimaverint, etiam ex vendito iſtis caſibus agi poſſe, & ſecundum eos quæſtio deciſa ſit reſcriptis Imperatorum Antonini & Severi *d. l. 4.* nihilominus tamen manſiſſe adhuc actionem præſcriptis verbis, quæ certo jure jam antea dabatur. Atque hujus rei certiſſimum argumentum eſt, quod & Paulus in *d. l. 6. ff. de reſc. vend.* & Alexander in *d. l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* poſtquam jam diu quæſtio deciſa eſſet ab Antonino & Severo, utramque actionem nihilominus conceſſerint: ut exiſtimare liceat non illud quæſitum fuiſſe, an prædictis caſibus ex vendito tantum agi oporteret, ſed an poſſet etiam agi ex vendito, cum certo jure agi poſſet præſcriptis verbis. *conſent. Don. in d. l. 2. C. de pact. int. empt. Zoeſ. ad Pand. hoc tit. n. 64.* Tota autem hęc & ſuperiorum aliquot capitum diſputatio hodie ſupervacua & plane inutilis eſt: nam cum hodiernis moribus pactorum omnium deliberatò initorum non minor ſit vis & efficacia, quam quæ ſtipulationis jure Romanorum fuit, conſequens eſt, nec

mino-

minorem eorum esse vim, quæ ex intervallo, quam eorum, quæ in continenti facta sunt; nec quicquam referre contractibus stricti juris, an bonæ fidei, sive ex continenti, sive ex intervallo apponantur: denique superfluum nunc esse quærere, qua actione petendum, quod pacto comprehensum est.

CAP. XII.

De pactis tacitis.

1. *Illata & invecta in prædium urbanum, pignori esse locatori, quasi id tacitè convenerit; in rusticis prædiis contra observari. & quare.*
2. *Explicatio l. 3. in quib. cauf. pign. tac. contr. & l. 4. §. 1. eod.*
3. *Sententiam Iustiniani in §. item Serviana. Inst. de actionib. à Theophilo rectè expressam.*
4. *Locus Vlpiani in l. 14. §. 1. de relig. & sumpt. fun. explanatur.*
4. *Non cohærere §. 1. l. 7. in quib. cauf. pign. tac. cum principio.*
6. *Quid novi constituerit Iustinianus l. ult. C. in quib. cauf. pign. tac.*

7. An

7. *An ad obligationem illatorum in prædium rusticum sufficiat illata esse voluntate domini, cum examine l. 5. C. de locat.*
8. *An tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25 annis, quas ille inscio curatore in ædes conductas intulit.*
9. *An lex taciti pignoris locum habeat & in libris à studiosis importatis.*
10. *Qui chirographum debitori reddit, tacitè pactus intelligitur, ne petat: & consequenter etiam pignus remisisse.*
11. *Pignoris redditi non eadem ratio. & quare.*
12. *Reddito pignore an & quando obligatio pignoris remissa videatur.*
13. *Quid juris si instrumento, quod redditum est, alius quoque sit obligatus.*
14. *Refertur communis DD. sententia, asserentium etiam unius ex pluribus ejusdem debiti chirographis redditione censeri obligationem remissam. eorumque argumenta.*
15. *Refellitur hac sententia, & argumentis à Bartolo adductis occurritur.*
16. *Respondetur plenissime ad singula argumenta prolata à Bachovio.*

Satis

SAtis jam contemplationibus Academicis indultum est: quæ porro sequuntur, ea non minus in foro, quam in scholis usum habent, & ubivis locorum etiam praxin exercentibus hodieque utilia sunt. In paciscendo nulla desideratur solennitas, sed sufficit quocunque modo paciscentes consentire vel expresse sermone, & tractatu inter præsentes habito, aut per epistolam nuntiumve inter absentes; vel tacitè nullo tractatu habito. *l. 2. hoc tit.* Hinc nata pactorum hæc divisio, quod quædam sint expressa, quædam tacita. Pactum expressum est, quo aut verbis aut per epistolam nuntiumve voluntas paciscentium significatur: tacitum, cum nihil eorum intervenit: cujus eadem tamen vis est, quæ expressi. *l. 2. & 2. seqq. ff. hoc tit.* Tacita conventio sive consensus tacitus vel lege tantum præsumitur intervenisse, habetque locum etiam in iis, qui nihil tale cogitant; quomodo invecta & illata in prædium urbanum, nata in fundo, quasi ex tacito pacto pignori sunt locatori; quæ species tacitæ conventionis obligatoria est: vel re & facto aliquo consensus declaratur, veluti redditione chirographi

graphi aut instrumenti pignoris &c. quod genus taciti pacti liberatorium est.

1. De priore genere ita jus est, ut quæ in prædia urbana inducta & illata sunt ab inquilinis, ea pignori sint locatori, quasi id tacitè convenerit. *l. 4. ff. hoc tit. l. 2. l. 4. l. 6. ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* in prædiis rusticis, ut dominus fundi locati in fructibus, qui ibi nascuntur, tacitum pignus quasi ex conventione habeat. *l. in prædiis. 7. ff. eod. tit. l. 3. C. eod.* illata autem & importata à colono non aliter pignoris jure teneantur, quam si id nominatim convenerit. *d. l. 4. ff. eod. l. 5. C. eod. l. 5. C. de locat. §. 3. Inst. de interdict.* Hujus autem differentiæ ratio si quæratur, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant enim in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta & illata. *l. si servus. 61. §. locavi. 8. ff. de furt.* Quod autem erat in more positum, ut alias sæpe, in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum, sicubi dictum non esset, ut eleganter *Cuiac. ad. d. l. 4. ff. hoc tit. add. Donell. c. 4. de pign. Bachov. 1. de pign. 11. Tulden. in Cod. in quib. caus. pign. tac. n. 3.*

n. 3. *Perez. ibid. n*. 2. *&* 7. *Garz. ad l*. 5. *C. de locat. Christin. vol*. 3. *decis*. 110. Ergo in iis, quæ colonus in fundum conductum invexit aut intulit, locator quasi ex tacita conventione jus pignoris non habet; sed ad hoc opus est conventione expressa.

2. Nec est contrarium, quod Ulpianus in *l*. 3. *ff. in quib. caus. pign. tac. contr*. ex auctoritate Neratii respondet, etiam in invectis illatis in horreum conductum, vel diversorium, vel aream tacitam de pignore conventionem locum habere. Loquitur enim Ulpianus de horreo seorsum conducto ad reponendas merces aut res alias, qualia quæ nostratibus *packhuysen*: nam si fundus conductus sit, horreum pars fundi intelligitur. *l. fundi*. 211. *ff. de verb. sign*. Neque per aream intelligit agrum partemve fundi, sed locum in oppido aut pago ædificiis vacuum, sive planitiem, quæ circumsepta idonea sit, ad cæmenta, lateres, calcem, trabes, asseres, & hujusce modi alia reponenda & asservanda. Diversoria autem & stabula, aliaque meritoria etiam in villis & vicis, teste ipso Neratio, in causa taciti pignoris, à prædiis urbanis non

non differunt. *d. l. 4. ff. in quib. cauſ. pign. tac. add. l. urbana. 198. ff. de verb. ſign.*

3. Quod autem Juſtinianus ſcribit *§. item Serviana. 7. Inſt. de action.* actione Serviana experiri locatorem de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercede fundi ei tenentur, id non hanc habet ſententiam, res omnes coloni pro mercede fundi locatori eſſe obligatas, ſed de his, quæ obligatæ ſunt, Servianam competere: Nam ut bene Mynſingerus, relativum *qua* illìc non demonſtrat, ſed diſtinguit. In paraphraſi Græca clarè rem ſic expreſſit Theophilus, ἐμισθώσω παρ' ἐμοῦ τὸν ἀγρὸν, καὶ γέγονάς μοι κολῶνος &c. εἰσήγαγες δὲ ἐν αὐτῷ τῷ ἀγρῷ καὶ πράγματά τινα, οἷον ἵππους, βόας &c. πακτεύσας, ὥστε μοι ταῦτα ὑποκεῖσθαι λόγῳ τοῦ μισθώματος. *Conduxiſti*, inquit, *à me fundum, & factus es mihi colonus* &c. *Induxiſti autem in eum fundum & res quaſdam, veluti equos, boves* &c. *pactus ut hæ mihi mercedis nomine obligarentur.*

4. Nonnihil autem negotii facit, quod apud Ulpianum ex Pomponio relatum eſt *l. etſi quis. 14. §. 1. de relig. & ſumpt. fun.* mortuo colono vel inquili-

no,

no, si non sit, unde mortuus funeretur, ex invectis illatis eum funerandum, & si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri. Non potes hîc respondere cum Bachovio *lib.1.de pign. c.11.n.4.* non eam esse Ulpiani sententiam, quod invecta illata à colono verè pignori sint obligata; sed hanc, quod instar pignoris superfluum pro debita pensione retineri potest. eodem nimirum sensu, quo alibi idem Iurisconsultus ait, posse venditorem, emptore pretium non offerente, quasi pignus retinere rem, quam vendidit. *l. Iulianus.13.§. offerri. 8. de act. empt.* & Paulus *l. creditoris. 15. §. ult. ff. de furt.* commodatarium ob impensas in rem commodatam factas habere retentionem, quasi pignoris loco ea res sit. Etenim verba illa Ulpiani, *si quid superfluum remanserit, hoc pro debita portione tenetur*, non magis ad colonum, quam ad inquilinum pertinent, à quo illata & invecta constat pro mercede pignoris nexum subire. Deinde non alius retentionem rei habere potest, nisi qui & eam detineat; qui in proposito non est locator, sed heres conductoris, cui & cura funeris incumbit.

Deni-

Denique non dicit Ulpianus, posse superfluum quasi pignus retineri, sed superfluum pro debita pensione teneri, quo verbo significatur obligatio. *l. 6. l. 9. ff. in quib. caus. pign. tac. l. grege legato. 13. pr. ff. de pign.* & passim alibi, atque hoc innuit Jurisconsultus etiam tacito pignori impensam funeris præferri, utpote quæ omne creditum præcedere soleat, cum bona solvendo non sunt. *l. pen. ff. de relig. & sumpt. fun.* Rectius dixerimus ponendos esse terminos habiles, nempe eum in colono casum, quo de illatis, ut pignori essent, expressim, ut & assolet, *l. potior. 11. §. 2. ff. qui pot. in pign.* convenit.

5. Illud bene notat Bachovius, paragraphum primum *l. 7. ff. in quib. caus. pign. tac.* non cohærere cum principio: sed illic determinari, quænam ex illatis & invectis pro mercede ædium conductarum teneantur: idque magis placet, quam quod Perezius existimat, locum accipiendum esse de eo casu, quo expresse placuit illata quoque & invecta in fundum pignoris jure teneri.

6. Minimè autem movere nos debet constitutio Justiniani in *l. ult. C. in*

in quib. cauſ. pign. tac. quippe qua conſtitutione tacita conventio de illatis & inductis non porrigitur ad illata inducta in prædium ruſticum, ſed jus taciti pignoris in invectis & illatis in prædium urbanum, quod anteà quibuſdam in locis duntaxat obtinebat, producitur ad omnes provincias. Itaque τὸ ἐν ἀρχῇ λαμβάνει, qui argumento hujus loci conetur probare non minus in prædiis ruſticis, quam in urbanis legem de tacita hypotheca inductorum & invectorum habere locum.

7. Veterum interpretum ſententia eſt, in urbanum quidem prædium illata indiſtinctè pignori eſſe, etiamſi neque pactio interceſſerit, neque ſciverit locator illata eſſe: in ruſticis autem prædiis, expreſſa quidem conventione opus non eſſe ad illatorum obligationem, cæterum ut ea pignoris nomine teneantur, ſufficere ſi voluntate domini illata ſint; quod nec ipſum exigatur in illatis in prædium urbanum. Laudant in hanc ſententiam conſtitutionem Alexandri, quæ extat in *l. certi juris. 5. C. de locat.* ibi, *quæ voluntate dominorum coloni induxerint* &c. Sed cum novum non ſit, ut voluntatis nomine ad-

adſignificetur expreſſa conventio. uti apud Marcianum in *l. Pomponius. 5. §. 1. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* & apud Juſtinianum *l. ult. C. de novat.* ubi voluntate, id eſt, expreſſa conventione dicitur fieri novatio; ſatius eſt ex mente auctorum juris, verba illa, *voluntate dominorum*, accipere pro pactione & conventione. Quorſum enim exigamus, ut voluntate domini quid inferatur, niſi ſimul ut pignori illud ſit, pactio aliqua inter dominum & colonum intercedat? Sed & voluntate domini illata ſic rectè accipi poſſunt, cum *Donell. de pign. c. 4.* ſi dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui enim hanc legem locationi dat, vi ipſa & per conſequentiam paciſci intelligitur, ut quæ ex pactione importabuntur, pignori nexa ſint. Græci, *πάντα ὅσα οἱ μισθωτοὶ εἰσάγουσιν εἰς τὸν οἶκον τοῦ μισθωθέντος αὐτοῖς ἀγροῦ, βουλομένου τοῦ δεσπότου, ὑπόκειται ταῦτα ἐπὶ τῷ μισθώματι. ἐπὶ δὲ οἴκου μισθωθέντος, καὶ ἀγνοοῦντος τοῦ δεσπότου εἴ τινα εἰσενεχθῶσιν, ὑπόκειται.* i. *Quæcunque coloni domino volente in domum locati fundi inferunt, ea pignoris jure pro mercede tenentur: quæ verò in ædes conductas*

ductas inferuntur, ea pignori sunt, etiamsi importata sint domino ignorante, in eandem, ut videtur, sententiam. Cæterum superior DD. opinio in praxi prævalere dicitur: & proinde juxta illam DD. opinionem, & juxta usum fori, vaccæ, boves, oves, cæteræque pecudes, quæ pascuntur in agris & pascuis conductis, pignori sunt locatori, si sciente illo fuerint immissæ.

8. Porro ex iis, quæ supra dicta sunt, satis patet tacitum hoc pignus, quod locator habet in illatis invectis in prædium urbanum, non esse verè & propriè, aut totum legale, seu quod ab ipsa lege constituitur; sed esse ex tacita conventione, quam lex præsumit ex facto illationis. Unde quæsitum est, an tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis, quas ille sine curatoris consensu in ædes conductas intulit. Et siquidem hoc esset pignus merè legale, id est, si citra ullam conventionem de pignore sola potestate legis induceretur, nullum hìc esset privilegium minoris; quia lex operatur sine respectu personarum: unde bona minoris cum fisco contrahentis. *l. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut.* item uxo-

rem ducentis obligantur: quia istæ hypothecę sunt purè legales, ut rectè *Gloss. & Cyn. in l. ult. C. de leg. tut.* (quanquam hîc dissentit Costalius in *l. 4. ff. h. t.* falsò asseverans Bartolum sibi in hac re assentire in *d. l. 4.* & in *l. si constante. 24. ff. solut. matr.*) Sed quoniam hypotheca, de qua agimus, non tota legalis est, sed magis conventionalis, nascens ex præsumptione tacitę conventionis, ut apparet ex *d. l. 4. ff. h. t. l. 4. l. 6. ff. in quib. caus. pign. tac. l. 3. l. ult. C. eod.* dixerim res à minore illatas sine curatoris auctoritate non teneri: quoniam minor jus oppignerandi non habet. Ita *Costal. post DD. comm. in d. l. 4. ff. hoc tit. & in d. l. si constante. 24. ff. solut. matr. Sichard. ad l. 5. C. de locat. n. 11. Bachov. 1. de pign. 11.* diss. *Neguſ. p. 2. membr. 4. n. 54. & ibi alleg. Treutl. disput. de pignorib. thes. 4. Christin. vol. 3. decis. 110.*

9. Sed quid si studiosus (intellige, qui major sit 25. annis) cubiculum aut partem ædium conduxerit, an & libri, quos illò intulit, legem taciti pignoris sequentur? Et Schneidevvinus post Jasonem & Zasium in *§. item Serviana. 7. Inst. de action. Bachov. lib. 1. de pign. c. 11.* negant sequi, idque duplici potissi-

tissimum argumento. Primum petitum est à simili, quia, inquiunt, quemadmodum instrumenta rustica in fundum illata à colono obligata non sunt domino fundi, propterea quod iis fundus colitur. *l. 7. l. 8. C. quæ res pign. oblig.* ita nec libri studiosorum in Museum conductum illati domino ædium jus pignoris tribuere debent, quia iis mens colitur. Alterum sumptum est à natura hypothecæ generalis, quâ non continentur ea, quæ verisimile non est quemquam specialiter obligaturum fuisse. *l. 6. & 2. seqq. ff. de pign.* At generalis, inquiunt, hypothecæ naturam sequitur hypotheca illatorum; nec verisimile est studiosum libros suos specialiter obligaturum fuisse. Sed tamen praxis apud nos, & in omnibus ferè Academiis est in contrarium. Nec obstant rationes allatæ. Non enim ideo instrumenta rustica in fundum illata à nexu taciti pignoris libera sunt, quia iis fundus colitur; sed quia nec in aliis à colono illatis inductisve jus pignoris citra conventionem habere locatorem placet; utpote cui satis cautum fructibus, qui in fundo nascuntur. Nec valet etiam ratio, quam afferunt

ex *l. 6. ff. de pign.* Nam studiosi supellex pene omnis est in libris posita, ut verisimile non sit studiosum tacitè ex tacito supellectilis pignore voluisse excipere supellectilem librariam, præter quam vix aliam habet. Nemo autem negat etiam in iis, quæ à studioso illata sunt, tacitum pignus esse. Sed nec procedit argumentum à pignore generali ad pignus illatorum & invectorum: siquidem inter invecta & illata supellex quoque contineri intelligitur. *l. in prædiis. 7. §. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* contra quã in pignore generali. *d. l. 6. ff. de pign. Per. in Cod. tit. in quib. caus. pign. tac.* Sed nimis longe digredimur. Alterum genus pacti taciti erat, cum ipsi paciscentes facto aliquo consensum declarant.

10. Hujus generis exemplum elegans est, si creditor debitori chirographum reddiderit: tacitè enim pactus videtur, ne petat, & debitum remisisse. *l. 2. §. 1. ff. hoc tit. fac. l. 3. §. 1. ff. de lib. leg. l. qui chirographum. 59. ff. de legat. 3.* Et consequenter etiam pignus, si quod intervenerit, hîc remissum intelligi debet. *arg. l. in omnibus. 43. ff. de solut. l. 7. C. de remiss. pign.* sicut & cum expresse paciscor, ne debitum petam

pigno-

pignoris obligatio per exceptionem tollitur; quæ sententia est *l.si tibi.17.§.2.ff. hoc tit.* ut adeo hoc quoque sit exemplum taciti pacti, quo pignus remittitur. Nec obstat *l.si chirograph.24. ff.de probat.* quoniam ex cancellatione chirographi non oritur exceptio taciti pacti, sed præsumptio solutionis: contra quam tamen probationes manifestæ audiuntur; sicut procul dubio creditor quoque audiendus erit, paratus probare se ob aliam causam chirographum reddidisse. Pignoris redditi non eadem ratio. *l. 3. ff. hoc tit.* quippe chirographo ipsa principalis obligatio continetur *l. servum filii. 44. §. eum qui. 5. ff. de legat. 1. l. qui chirographum. 59. ff. de legat. 3. l. 1. C. de donat.* At obligatio pignoris à debito principali separata est, atq; hujus quędam παρενθήκη seu accessio duntaxat: *nov. 4. l. in omnibus. 43. de sol.* ut præsumi non debeat eum, qui pignus tantum reddidit, cogitasse simul de remittendo ipso debito.

12. Simili ratione conventio fidejussoris non continuo prodest reo. *l.23. hoc tit.* quamvis rei conventio etiam fidejussori prosit. *l.21. eod. in fin. Cuiac. ad d. l. 2. eod.* Planè reddito pignore quin

pignoris obligatio remissa intelligi debeat, nullus dubito, arg. *l. 1. §. 1. ff. de lib. leg.* Cæterum ita hîc distinguendum arbitror: Si instrumentum, quo pignoris obligatio conscripta & constituta est, redditum sit, obligatio pignoris omnino remissa censeri debet, per *d. l. 7. C. de remiss. pign.* At si creditor ipsam rem pigneratam, quam possidebat, reddat debitori, hîc refert, ultrò & simpliciter reddat, nec dicat, in quem finem; an reddat debitori petenti ad certum usum. Priore casu videtur eo animo reddidisse, ut vinculum pignoris remitteret: nam vox reddendi significationem retro dandi habet, ut eo loco res sit, quo prius fuit. *l. verbum. 94. ff. de verb. sign.* atque in dubio censetur ultrò & simpliciter reddidisse. *fac. l. cum de causa. 9. C. de remiss. pign.* Posteriore casu, ubi constat creditorem debitori petenti reddidisse rem pigneratam in aliquem usum, non intelligitur pignoris vinculum dissolutum esse: siquidem pignus cum precario conceditur, remanet obligatum. *l. cum & sortis. 35. §. 1. ff. de pign. act. l. qui pignoris. 36. ff. de acq. poss. Bus. ad l. 2. ff. hoc tit. Bachov. ad hunc tit. in secunda divis.*

divis.pact. Illa igitur ratio, quæ vulgò affertur, quod ideo ex chirographi redditione tacitum de non petendo pactum colligatur, quia chirographi nullus usus est: pignore aut reddito non item, quoniam eo debitor uti potest, etsi momentum aliquod habet, non est tamen adæquata.

13. Quid si instrumento, quod redditum est, alius quoque sit obligatus? Puto soli ei, cui redditum est, ex tacito pacto acquiri exceptionem: nam neque cum altero quicquam actum est, neque is, cui redditum, quicquam nomine ejus egit, & ut egisset, tamen alteri paciscendo exceptionem quærere non potuit. *l. si tibi. 17. §. 4. ff. hoc tit. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. obl.* utique si nihil paciscentis intersit alterius quoque obligationem dissolvi. *l. & heredi. §. ult. l. fidejussoris. 23. eod.* nec excipimus duos debendi reos, nisi & socii sint. Bartolus eo amplius existimat ei, cui instrumentum redditum est, etiam donatam intelligi actionem adversum alterum, eumque procuratorem constitutum in rem suam. Atenim cum donatio non facile præsumatur, nisi cum alia quacunque conjectura

deficiamur, aut alias actus inutilis foret (quod in proposita specie non accidit) non immeritò, hæc sententia aliis displicuit. Æquius enim & benignius est hoc factum sic interpretari, ut is, cui obligatio reddita est, censeatur pro sua quidem parte liberatus, pro parte verò altera exigendi tantum nominis gratia procurator à creditore constitutus. *Duarenus & Busf. ad d. l. 2. ff. hoc tit. Menoch. lib. 3. præsumpt. 140. Antonius Faber Cod. forens. definit. 6. Abbas Panormitan. in cap. Ecclesia. ut lit. pend.* ubi tamen prudenter monet in hac quæstione recurrendum esse ad conjecturas pro varietate circumstantiarum. Est enim hæc quæstio facti potius, quam juris: & ideo non tam ad Jurisconsultum, qui nihil certi hìc definire potest, pertinet, quam ad judicem, qui de facto cognoscit, & circumstantias in singulis causis examinat. Quid enim dicemus, si creditor sit admodum dives, debitor autem, cui cautio reddita, inops, eique arcta necessitudine conjunctus? Aut contra, quid si debitor forte miles sit, aut mulier, aut minor 25 annis? Bachovius 2. *divis. pact. n.6.* etiam hoc ipsum ab-

absurdum esse contendit, quod dicimus in casu proposito mandatam videri adversus tertium nominis exactionem: sed non esse absurdum argumento est, quod traditio instrumenti sicut inducit probationem rei traditæ, ita & mandatarum actionum. *l. 1. C. de donat. l. Mævia, 49. ff. solut. matrim. l. servum filii. §. 5. & 6. ff. de legat. 1.* Quid si ejusdem debiti plura sint apud eundem creditorem chirographa, an vel unius redditione censebitur obligatio remissa? Ajunt *Bart. Bald. Castr. Ias. in d. l. 2. hoc tit. Menoch. d. præs. 140.*

14. Moventur hac ratione, quia unum tantum est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum, per *l. 24. qui test. fac.* & quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur. arg. *d. l. 2. §. 1. hoc tit. l. 59. de leg. 3. l. 1. C. de don.* Atque hanc sententiam Bachovius *d. 2. div. pact. n. 7.* ex professo tuetur. Argumenta, quibus eam probare conatur, quinque ferè affert. Primum petitum est ex *l. veteribus. 39. hoc tit.* ubi Papinianus ait, veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguam ei nocere, in cujus potestate fuit legem

apertius conſcribere, unde infert creditori imputandum eſſe, quod non apertius egerit, cum contra eum ſit præſumptio juris. Secundum argumentum eſt, quia humanior eſt ſententia, quæ favet liberationi. Tertium, quia generalis eſt definitio *d. l. 2. §. 1. eod.* Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi in dubio intelligi poteſt, quam debiti remiſſio. Quintum, quia ſi unum ex duobus chirographis debitori legatum eſſet, liberatio legata cenſeretur.

15. Cæterum hanc ſententiam improbant *Duar. Fort. Garz. Paul. Buſ. in d. l. 2. §. 1.* excepto ſi id actum fuiſſe appareat, veluti ſi tabulæ non ſimpliciter redditæ, ſed aut donatæ ſint, aut legatæ debitori. Et ſane rationes à Bartolo & aliis adductæ tales ſunt, ut pro creditore retorqueri poſſint in debitorem, nec minus creditori quàm debitori faveant. Nam ut illi pro debitore ſic ratiocinantur; Unum inſtrumentũ eſt, licet pluribus exemplis deſcriptum, verum eſt igitur redditum eſſe: ita contra debitorem pro creditore hoc telum retorqueri poteſt; Unum inſtrumentum eſt: atqui hoc à creditore retentum; igitur

tur non eſt redditum. Sed nec illud ſimpliciter verum eſt, quod ajunt unum tantum eſſe inſtrumentum. Unus quidem eſt contractus, aut una obligatio; at plures tamen cautiones hîc eſſe aut plura inſtrumenta dici poſſunt. Quod ſi contraria ſententia admittatur, magna occaſio præbebitur improbis hominibus fallendi bonos creditores ſuos: quippe in proclivi eſt duo chirographa ejuſdem argumenti conſcribere, quorum alterum tradatur creditori, alterum à debitore retineatur, ut ſi quando, ex eo, quod traditum eſt, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud ſibi redditum eſſe à creditore: atque ita feneſtra aperietur frandibus. Cenſent igitur Duar. Garz. & Buſius, unius chirographi redditione non debere intelligi factam eſſe debiti remiſſionem, niſi id actum eſſe probetur. Quod ſi id doceri non poſſit, potius actori, quam reo, juramentum deferendum, quo affirmet chirographum à ſe redditum non eſſe animo remittendæ obligationis: quibus & nos ſubſcribimus: facitque huc bonus textus in *l. ult. de his quæ in teſt. del.*

16. Supereſt, ut reſpondeamus argumen-

gumentis Bachovii. Ajo igitur, quod in *l. veteribus. 39. hoc tit.* de interpretatione pacti obscuri aut ambigui traditum est, non esse temere trahendum ad ea pacta, quæ tacitè ex facto aliquo colliguntur, ad hoc ut donatio intervenisse præsumatur etiam eo casu, ubi alius istius facti finis dari potest. Vel frivola causa excludere debet donationis præsumptionem cum nemo facile præsumatur suum jactare aut effundere velle. *l. cum de indebito. pr. de probat. & ibi DD. Ias. in l. 3. hoc tit. Cyn. Bald. & DD. in l. 3. C. de non num. pec.* Idemque ad secundum argumentum responsum esto; nempe non usque eo liberationi indulgendum, præsertim ubi constat de præcedente obligatione, ut quis sine causa suum perdere voluisse præsumi debeat: donare enim, perdere est, *d. l. cum de indebito. 25. de probat. l. 7. pr. de donat.* Ad tertium, definitionem *d. l. 2. §. 1.* restringendam esse ad eam speciem, ubi una duntaxat cautio exposita, & eadem reddita est. Ad quartum respondeo, cum creditor unum duntaxat è duobus ejusdem debiti chirographis, quæ habet, debitori reddit, non continuo credendum esse,

vo-

voluisse eum debitum remittere, cum alius hujus redditionis finis esse possit, qui potius præsumendus sit; nimirum ideo id factum esse, quia ex altero, quod retinuit, debitum satis probari possit, ut supervacuum videatur utrumque retinere. Et cur quæso si animum remittendi debiti creditor habet, non utrumque restituit, sed alterum retinet? Actus agentium, ut vulgo dicitur, non operantur vltra eorum intentionem. *l. non omnis. 19. de reb. cred.* Adde & hunc finem, ne videatur creditor utroque chirographo retento aliquid malitiose velle machinari adversus debitorem. Ad quintum, loqui nos de eo casu, cum quis unum è duobus chirographis reddit simpliciter, nec id se donare profitetur. Legare, est donare. *l. 36. de legat. 2. §. 1. Inst. eod.* Nec dubium est, quin quemadmodum donatis, sic etiam legatis tabulis, nomen ipsum seu debitum donatum legatumque intelligatur.

CAP.

CAP. XIII.

De pactis in rem & in personam, deque eorum vi ac potestate.

1. *Quid sit pactum in rem, quid in personam.*
2. *Pacta in rem quibus prosint.*
3. *Species l. 17. §. 4. hoc tit.*
4. *Pacta in personam, non egrediuntur personam ejus, cui facta sunt.*
5. *Iure novissimo pactum rei, quantumvis personale, etiam fidejussori prodesse.*
6. *Vnde æstimandum, utrum pactum in rem sit, an in personam.*

PRæterea pactorum alia in rem sunt, alia in personam *l. 7. §. pactorum. 8. hoc tit.* quæ divisio ab effectu sumpta est. Sunt, qui ratione materiæ sic distingui pacta existimant: sed errore perspicuo labuntur: siquidem personæ non possunt esse objectum pactionis.

1. Pacta in rem sunt, quoties generaliter paciscor, ne petam. In personam, quoties ne à persona petam, puta

ta à L. Titio. *d.l.7.§. pactorum.* Mos loquendi veterum juris auctorum est, ut quod generaliter & sine personæ designatione fit, id in rem fieri ab ipsis dicatur. Sic actiones exceptionesque in rem scriptas, interdicta in rem concepta, nuntiationem operis novi in rem fieri legimus *l. metum. 9. §. ult. quod met.caus.l.2.§.1.l.4.§.pen. de dol. mal. exc.l.1.§.pen. de interdict. l.operis.10. de op.nov.nunt.* Cum igitur quis generaliter paciscitur, ne petat, nec personam nominat, à qua petiturus non sit, in rem pactum dicitur conceptum esse. In personam vero, cum exprimitur certa persona. Nec inutilis est hujus distinctionis cognitio. Nam quæ pacta in rem concepta sunt, ea omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse, paciscentis interest. *l. & heredi.§. ult. hoc tit.* Itaq; pactum reale debitoris proficit & fidejussori, quoties debitoris pecuniariter interest, ut fidejussori quoque prosit; scilicet quando fidejussor ejus nomine, quod pro reo solverit, mandati aut negotiorum gestorum actionem cum eo habet. Quibus autem casibus fidejussori adversus debitorem regressus non datur, veluti si do-

si donandi animo fidejusserit, aut pro invito & vetante, pactum rei fidejussori non prodest. *d. l. & heredi. §. ult. junct. l. quod dictum. 32. eod. l. si pro te. 40. mandat.* nempe quia rei nihil hîc interest à fidejussore non peti. Eademque ratione nec pactum fidejussoris generale prodest reo principali, aut confidejussori, qui socius non est; scilicet quia nihil fidejussoris principaliter interest, à quoquam eorum non peti, cum nullam adversus eum nomine ejus, quod solverint, actionem habeant. *l. fidejussoris. 23. hoc tit. l. 39. de fidejuss.* Prosunt porro pacta in rem & heredibus nostris. *l. tale pactum. 40. eod. l. si pactum. 9. de probat.* atque ut prosint, etiam nostra semper interesse intelligitur, crediturque unusquisque eo esse animo, ut non minus heredibus suis, quam sibi prospectum velit. *d. l. 9. de probat.*

3. Non obstat *lex 17. §. 4. hoc tit.* quoniam illic exemplum proponitur pacti personalis, si quis paciscatur, ne a se, neve à Titio petatur, & ratio Jurisconsulti eo tantum pertinet, ut significet ei, qui non ut heres adjectus est, etiamsi postea heres extiterit, tale

pactum

pactum non prodesse, nec ex postfacto confirmari, quod ab initio in persona adjecti non constitit.

4. Pacta autem in personam concepta ejus, cui facta sunt, personam non egrediuntur. *l. idem in duobus.25. §.1. eod.* qua de causa nec heredibus prosunt. *d. l. 25. §. 1. d. l. 17. §. 3. & 4. eod.* nec fidejussori. *l. nisi hoc. 22. eod.* quanquam vix est, ut hoc procedat jure novissimo. Jure veteri creditor electionem habebat à reo vel à fidejussore petendi, poteratque hunc etiam ante illum convenire. *l. 5. l. si alienam. 19. C. de fidejuss.* neque hoc jus conveniendi fidejussorem omisso reo, pacto personali sibi adimebat.

5. At jure novo fieri non potest, quin pactum rei, licet personale, fidejussori quoque prosit. Nam cum hoc jure *Nov. 4. c. 1.* unde *auth. præsente. C. de fidejuss.* reum principalem prius conveniri atque excuti necesse sit, quam ad fidejussores veniatur, nec ante cum his efficaciter agi queat, quam si suum creditor à debitore consequi non possit; hoc beneficium ordinis & excussionis fidejussori jure publico datum, pactione debitoris ei auferri non potest.

Itaque

Itaque nunc etiam pacto personali cum debitore facto juvabitur fidejussor, nisi ipse beneficio suo ultro renuntiaverit, quod facere potest *l. pen. C. de pact. Cuiac. in d. l. & heredi. 21. hoc tit. Borcholt. de pact. c. 2. in tertia divis. n. 4. diss. Iul. Pac.*

6. Utrum autem pactum in rem sit, an in personam, non tam ex verbis, quam ex mente paciscentium æstimandum est: adeoque in dubio, quantumvis persona adjecta sit, in rem tamen esse præsumitur: quia plerumque persona pacto inseri solet, non ut pactum personale fiat; sed duntaxat ut demonstretur, cum quo pactum factum sit. *l. 7. §. pactorum. 8. hoc tit.*

CAP. XIV.

Qui cum quibus pacisci possunt.

1. *Furiosi nullum omnino negotium gerere possunt.*
2. *Ratum habetur, quod gestum ante furorem aut in furoris intermissione.*
3. *Mente captorum & ebriorum eadem, qua furiosorum ratio.*

4. Pro-

4. *Prodigi & furiosi dissimilitudo.*
5. *Quibus in rebus dispar conditio prodigi & minoris 25. annis.*
6. *Ipsone jure prodigo bonis interdicatur, an decreto magistratus.*
7. *Quid per verba* ipso jure *in l. 1. de cur. fur. significet Iurisconsultus.*
8. *In his, quæ animo & affectu geruntur, infans vix distat à furioso.*
9. *Comparatio infantis & infantiæ proximi.*
10. *Comparatio infantiæ proximi & proximi pubertati.*
11. *Pupillum pubertati proximum ex conventione sua naturaliter obligari, etiamsi locupletior factus non sit.*
12. *Quo sensu nostri dicant, pupillum sine auctoritate tutoris contrahentem ne naturaliter quidem obligari.*
13. *Puberes minores 25 annis, curatorem habentes, sine consensu ejus, jure civili non obligantur.*
14. *Confutatio sententiæ contrariæ.*
15. *Exponitur l. obligari. 43. de obl. & act.*
16. *Consideratio auctoris circa l. puberes. 101. de verb. oblig.*

PAcisci possunt omnes, qui consentire & jure gentium se obligare possunt. Igitur & mutus. *l. 4. §. 1. hoc tit.* & deportatus. *l. sunt quidam. 17. §. 1. de pœn. l. 15. de interdict. & releg.* & filiusfa. ut sibi præjudicet. *l. & heredi. 21. §. 3. & 4. l. in persona. 30. hoc tit.* & servus ex persona sua, ut naturaliter obligetur & obliget. *l. 14. de oblig. & act.* Removentur autem hinc furiosi, mente capti, ebrii, infantes.

1. Furiosum nullum negotium gerere aut contrahere posse natura manifestum est, *l. 1. §. furiosus. 12. de obl. & act. l. si à reo. 70. §. 4. de fidejuss. l. 5. de reg. jur.* quia expers est voluntatis & mentis. *l. furios. 40. eod. tit. l. 2. C. de contr. empt.* est enim furor mentis ad omnia cæcitas. *Cic. 3. Tuscul.* unde furiosus per omnia & in omnibus absentis, quiescentis, dormientis & ignorantis loco habetur. *l. 2. §. pen. de jur. codicill. l. ubi non voce. 124. §. 1. de reg. jur. l. 1. §. 3. de acq. poss. l. 4. de divort. & repud.* quæ res etiam facit, ut nec accedente curatoris auctoritate ullum negotium rectè gerat. *d. l. 5. de reg. jur.* Prius enim est, ut quid agi aut geri intelligatur, quam curator dici possit,

quod

quod agitur aut geritur, probare.

2. Enimverò si furiosus dilucida habeat intervalla, quod gessit in intermissione furoris, id ratum habetur, nec ullum negotium antea rectè gestum furore postea interveniente perimitur. *§. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. test. l. 9. C. qui test. fac. & ibi DD.*

3. Quod de furioso, μαινομένῳ, dicitur, id etiam pertinet ad mente captum, ἀνόητον seu dementem, qui furore non corripitur, sed in quiete est: quoniam non alia ratione in furioso obtinet, quam quia mente caret, nec intelligit, quod agit. *§. furiosus. 8. Inst. de inut. stipul.* Sed neque ebrius i. qui vino gravis & ob id sui est impos, hac in causa à furioso separandus. Nihil enim aliud est ebrietas, quam voluntaria insania: nec minor est furore, sed brevior. Senec. *epist. 83.* Platoni. *1. de leg.* non solum senex bis puer, verum etiam ebrius. Prodigum quoque proceres nostri furioso comparare solent; quasi non magis illius, quam hujus ulla voluntas sit. *d. l. furiosi. 40. de reg. jur. l. 1. de cur. furios.* Verum hæc similitudo claudicat, & locum tantum habet, cum de prodigo obligando agitur, cum quid de bonis

nis ſuis vult deminuere, alienare &c: quibus caſibus furioſo aſſimilatur, quia in his exitum furioſi facit. *l. his qui.12. in fin. de tut. dat. ab his.*

4. In acquirendo autem diſſimilitudo eſt: quippe furioſus nullum negotium rectè gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem ſibi acquirat, aut ipſe obligatione liberetur; quia nec mentem nec voluntatem habet. *l. 1. §. furioſus. 12. de obl. & act. l. 5. de reg. jur.* At prodigus paciſcendo, ſtipulando, aut aliter contrahendo ſibi acquirere poteſt; licet promittendo non obligetur, non magis, quam furioſus. *l. 6. de verb. obl.* Itaque cum non de alienando, actionem remittendo, de ſe obligando, aliove modo conditionem ſuam deteriorem faciendo agitur; ſed de acquirendo, de ſibi paciſcendo aut ſtipulando, aliave ratione conditionem ſuam meliorem faciendo, *l. 3. de nov.* hic prodigus non cum furioſo, ſed cum pupillo pubertati proximo comparandus eſt. *l. certi condictio. §. 7. de reb. cred.* aut cum pubere minore 25 annis curatorem habente. *l. 3. C. de in int. reſt. min.* quos conſtat etiam inconſultis tutoribus aut curatoribus alios ſibi obli-

obligare posse, & conditionem suam quoquo modo facere meliorem. *pr. Inst. de auct. tut. l. 11. de acq. rer. dom.* Denique ut pupillus auctore tutore, pubes cum consensu curatoris omnia gerere potest *l. 5. de reg. jur. §. pupillus. 9. Inst. de auct. tut.* Ita & prodigus accedente curatoris consensu. *arg. d. l. certi condictio. 9. §. sed & si. 7. de reb. cred. d. l. 3. C. de in int. rest. min. l. 5. §. 1. de acq. her.* ubi scriptum est, eum, cui bonis interdicitur, hereditatem sibi delatam adire posse: nempe cum consensu curatoris, ut recte *Gloss. & DD.* in hoc enim distat à furioso, quod solum significare voluit Jurisconsultus.

5. Planè in eo quoque à pubere minore 25 annis distat prodigus, quod pubes & testamentum facere potest, & ad testamentum testis adhiberi. *l. 5. qui test. fac. §. 1. Inst. de test. ord.* quorum neutrum concessum prodigo. *l. is cui lege. 18. d. t. §. testes. 6. Inst. eod. §. 2. Inst. quib. non est perm. fac. testam.* Quæri vulgò solet, prodigusne intelligendus sit, qui facto talis est, qualem describit Ulpianus *l. 1. de cur. furios.* an verò decretum magistratus expectandum. Hoc est, an ipso jure & lege 12 tabu-

tabularum dissolutè & luxúriose viventi bonorum administratio interdicta intelligatur; an verò tum demum, cum talis esse sententia magistratus declaratus est. Dicendum est eum, qui moribus talis est, qualis in *d. l. 1.* describitur, re-vera quidem & ethicè prodigum esse (nam vitia & virtutes non pendent à sententia & cognitione judicis, sed propriam naturam & formam habent) cæterum quod rerum administrationem attinet neminem ante politicè & effectu juris pro prodigo haberi, quam ea administratio causa cognita decreto magistratus ei adempta sit: cujusmodi decreti extat vetus formula apud Paulum *lib. 3. sent. 4.* Nimirum bonorum administrationis ademptio sive interdictio non juris, sed jurisdictionis est, hoc est, nemini specialim bonorum administratione lex interdicit, ac ne potest quidem interdicere: sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate magistratus, quos prodigos esse causa cognita constabit, eumque, cui publicè bonis interdictum est, jubet esse in curatione agnatorum. Ulpian. *tit. 12. §. 1. fac. §. 2. Inst. quib. non est perm. fac. test. l. 6.*
de

de curat. fur. qui tamen & lege bonis interdici dicitur. *l. is cui. 18. qui test. fac. poss. l. 5. §. 1. de acq. her.* propterea quod lex id fieri jubet, & à lege curatorem accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius *2. serm. 3.*

Interdicto huic omne adimat jus
Prætor, & ad sanos redeat tutela propinquos.

Furiosi alia ratio est: nam cum furor per se emineat, & vera sit mentis ac voluntatis privatio, ut furioso à magistratu bonis interdicatur, non requiritur. At vero an quis prodigus censeri debeat, ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus magistratum cognoscere & pronuntiare oportet, ne quis temere in hominem sui juris, & liberalem forte magis, quam prodigum, potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat.

7. Atqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus & cum frugalitate in gratiam reversus desinit ipso jure esse in curatione *d. l. 1. de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magistratus. Nimirum textus juris ita sunt explicandi, ut ne

certæ rationi, aut principiis aliarum disciplinarum repugnent. Qui fieri possit, vt citra magistratus cognitionem & auctoritatem, is cui publicè bonis interdictum est curatore dato, se liberet à curatione, & curator ipsi datus curam & administrationem rerum deponat? aut quis secure cum tali contrahere poterit? Neque enim aut ipsi prodigo, aut curatori ejus, aut aliis privatis hoc permitti debet, ut statuant & judicent, an morum redierit sanitas. Itaque dicam per verba *ipso jure* in *d. l. 1.* non excludi sententiam declaratoriam; sed opponi quodammodo curam prodigi curæ minoris 25 annis, quæ certo & statuto tempore, anno sc. vigesimoquinto, finitur, secus atque illa prodigi, quæ finitur mutatis in melius moribus, cujus rei cognitio magistratui competere debet. *Gail. 2. obs. 51. Ant. Fab. Cod. suo forens. tit. de cur. fur. defin. 7. Tulden. Cod. eod. n. 5. Christin. vol. 1. decis. 163.* Nostris moribus semper requiritur sententia declaratoria, ejusque publicatio, teste *Grot. 1. manuduct. 11. add. Iod. Damhoud. c. 8. de tut. & cur. mun. n. 26.*

8. Infans quoque seu septennio minor,

nor, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de sponsal. l. 18. C. de jur. delib.* in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum à furioso distat; utpote qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. *§. pupillus. 9. Inst. de inut. stip.* Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis est, quam juris, suppleatur auctoritate tutoris. *l. 1. §. 3. l. 32. §. ult. de acq. poss. l. 3. C. eod.*

9. De proximo infantiæ quoque dicitur, nullum eum habere intellectum. *d. §. pupillus.* nihil scire aut discernere. *l. 9. de acq. her.* non intelligere, quod agitur. *l. 1. §. huic proximus. 13. de obl. & act. l. 6. rem pup. salv.* actum rei non intelligere. *l. 5. de reg. jur.* Cæterum cum in *d. §. pupillus.* aliisque omnibus istis locis proditum sit, eum qui infantiæ proximus est, & stipulari & promittere, & hereditatem adire, omniaque tutore auctore non minus rectè agere posse, quam eum,

qui proximus ſit pubertati, quantumvis id benignè receptum ſit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica ſalis accipienda erit; quod ille ſcilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat, hic non omnino. Nam ſi nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere poſſet, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda eſſet, quam in infante. Denique non alia ratione receptum eſt, ut ſeptennio major idemque infantiæ proximus ſponſalia contrahere, item ſine tutoris auctoritate incipere poſſidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diſertè teſtantur Juriſconſulti in *l. in ſponſalibus. 14. de ſponſal. l. 1. §. 3. de acq. poſſ.* Igitur infantiæ proximi idem juris habent, quod proximi pubertati nimirum ut paciſcendo, ſtipulando, aut aliter contrahendo ſibi prodeſſe & obligationem acquirere poſſint, & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere.

10. Cæterum cum hoc illis benigniter præſtitum dicatur. *l. 1. §. huic pro-*

proximus. 13. de obl. & act. l. 9. de acq. her. l. 6. rem pub. salv. sciendum est in aliis adhuc manere differentiam; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantiæ sit proximus, seu adhuc consistat intra annum decimum & dimidium, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est proximus pubertati. *l. pupillum. 111. de reg. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de sepulc. viol. l. impuberem. 23. de furt. l. heredibus. 13. §. 1. de dol.* Et cum infantiæ proximus, quando remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso, tanquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo, quæri intelligitur, cum quæritur, an non saltem pupillus ex conventione sua vel contractu sine tutoris auctoritate inito obligetur naturaliter. Videamus autem, quid de hac quæstione statuendum sit.

11. Et posito eo, quod pupillus pubertati proximus intelligere potest, quod agitur, naturaque velle & consentire, consequens est omnino, ut etiam ex conventione sua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ea ætate

ſit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse satis ostendunt textus in *l. 13. §. 1. de dolo. l. pupillum. 111. de reg. jur. l. 1. §. 3. de acq. poss. §. pupillus. 9. Inst. de inut. stip.* in quibus hoc solo intuitu infantiæ proximus separatur à proximo pubertati, quod ille non intelligat, quod agitur, hic intelligat; ille doli expers sit, hìc capax. Quod vero de impuberibus omnibus pronuntiatur, nullum esse eorum animi judicium. *§. 1. Inst. quib. non est perm. fac. test.* id quidem rectè dicitur etiam de pubertati proximis; sed in re, de qua illic agitur, scilicet de dispositione testamentaria; in qua merito majus & solidius judicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper pubertati proximum) sine tutoris auctoritate contrahentem, naturaliter obligari. *l. cum illud. 25. §. 1. quand. dies leg. l. si pupillus. 21. ad leg. Falc. l. Stichum. 95. §. 2. de solut. l. in numerationibus. 44. eod. l. si ejus. 64. ad sen. Treb.* Idem quoque arguunt effecta huic obligationi jure civili tributa; veluti quod fidejussor acceptus pro

pro eo, quod pupillus promisit, teneatur. *l. si pupillus. 127. de verb. obl.* quod præcedens obligatio pupillo eam in se suscipiente citra tutoris auctoritatem novetur. *l. 1. in fin. de novat.* Unde etiam corruit distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex conventione obligari statuunt, cum locupletior factus est. Nemo enim ex sola promissione sua aut susceptione alienæ obligationis unquam fit locupletior. Hoc quidem interest, quod locupletior factus ne quidem ante Divum Pium solutum condicere potuit. *l. naturaliter. 13. §. 1. & l. seq. de condict. ind.* Puto etiam hoc casu compensationem pati debuisse. At divus Pius etiam actionem in eum dedit, in quantum locupletior factus est. *l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* ex quo tempore efficax & civilis quoque esse cœpit hæc pupilli obligatio. Quando autem locupletior factus non est, tunc & solutum repeti potest, & compensationi locus non est. *d. l. 13. §. 1. l. quod pupillus. 41. de cond. ind.* non quod nulla verè hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum, ne obligatio ei noceat.

12. Planè quoniam obligationis naturalis, quæ ex conventione oritur, effectus præcipuus consistit in jure compensandi & soluti retinendi *l. 6. de compens. l. 10. de obl. & act.* obligatio autem pupilli hunc effectum non habet, nisi quatenus locupletior factus est, inde fit, ut de pupillo sine tutoris auctoritate contrahente sic aliquando Jurisconsulti loquantur, quasi ne natura quidem isto modo obligaretur. *d. l. 41. de cond. ind. l. pupillus. 59. de obl. & act.* habita inquam ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi nocere possit; non autem considerata conditione obligationis, tanquam nulla omnino subesset: alioqui ne accessiones quidem admitteret, aliisve nocere aut prodesse posset. Multò magis ex conventione & promissione sua jure naturæ obligantur puberes minores 25 annis: quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex contractu obligantur, ita ut læsis necessaria sit in integrum restitutio. *l. 3. C. de in int. rest. min.*

13. Quod si curatorem habeant,

con-

consensum ejus adhibere debent: alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur *d. l. 3.* ubi minores curatorem habentes in negotiis contrahendis eodem jure censentur cum iis, quibus bonis interdictum est; quos constat jure civili sine curatorum consensu non obligari. *l. 6. de verb. obl.*

14. Ac proinde admittenda non est sententia Cuiacii ad *l. puberes.* 101. *de verb. obl. Vult. disc. 16. Fachin. 3. contr. 9. Bronch. 1. ass. 33.* distinguentium inter alienationem & obligationem, quasi alienare quidem res suas minor sine curatore non possit; obligare autem se possit ad alienandum. Hæc enim distinctio & verbis *d. l. 3. C. de in int. rest. min.* manifestè refellitur; & ratio, qua Imperatores utuntur, perspicuè probat, quod de una specie dicitur, ad alteram quoque pertinere. Loquuntur de venditione, de contractu; non de alienatione, quæ demum fit, cum ex contractus causa res traditur. *l. traditionibus 20. C. de pact. §. 3. Inst. de empt. & vend.* quanquam & si de sola alienatione loquerentur, tamen id quod de ea diceretur, etiam ad contractus & obligationem minoris

referendum esset, ut mox demonstrabitur. Ajunt ideo minoris contractum non esse servandum, quia minor curatorem habens similis sit ei, cui bonis interdictum est. Quod si hanc ob causam minor sine curatore alienare non potest, quia eodem jure, quo prodigus censetur: ob eandem causam nec sine curatore poterit obligari. *l. 6. de verb. obl.* Quid quod hoc ipso quod minoribus denegatur rerum suarum administratio *l. 1. in fin. de minor.* non minus jus sese obligandi sine curatore, quam res suas alienandi ademptum intelligi oportet. Hæc enim duo se mutuo ponunt & tollunt, ita ut divelli nequeant. Qui jus habet personam suam obligandi ad rem alienandam, ille quoque jus alienandi habet. & contra. Item cui alienandi jus non est, ei nec obligandi. & contra. argumento est ipsa obligationis definitio. *pr. Inst. de oblig. l. 3. de obl. & act.* Nam si obligationis civilis hæc vis est, ut actionem producat, & necessitate solvendi debitorem adstringat, utique cum eo, qui ita obligatus est, etiam judicio agi poterit, & res debita ab eo exigi, atque ille consequenter recte quoque eam

præ-

præſtabit, & ad creditorem transferet, cum etiam ad id cogi poſſit. Itaq̃ue malè nonnulli ſic colligunt: curatori rerum puberis & negotiorum adminiſtratio commiſſa eſt, non perſonæ. *l. ſciendum. 20. de rit. nupt.* proinde de perſona ſua promittere pubes poteſt ſine curatore ſuo. Imo contra ſic colligi debuit; curatori negotiorum impuberis adminiſtratio commiſſa eſt, ergo & rerum contrahendarum & obligationis puberis: nam in re contrahenda negotium geritur. *l. 7. pr. §. 1. &c. de minorib.* Neque obligationis ſummus finis hic eſt, ut perſonam nobis obligatam habeamus; ſed ut id, quod in obligationem deductum eſt, conſequamur. *l. 3. de obl. & act. l. ſtipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl.* Denique vel ex eo ipſo, quod in *d. l. ſciendum. de rit. nupt.* Juriſconſultus ait, utrum puella nubat, nec ne, ad officium curatoris non pertinere, quia id non ſit ex adminiſtratione negotiorum, in qua officium curatoris conſiſtit, ſatis intelligimus nuptiarum hoc eſſe proprium, eoque ad alias obligationes transferri non debere. Nam in nuptiis contrahendis non agitur de rebus

bus extra personam positis, de dando aliquo aut præstando, sed de mera & sola conjunctione personarum. Cæterarum autem rerum obligationes ad conjunctionem personarum non pertinent; sed ad dandum vel faciendum, id est, ad minuendum debitori & creditori augendum patrimonium. At ita futurum est, inquis, ut inter pupillum & adultum curatorem habentem non multum intersit. Quid tum postea? ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλλάττουσιν οἱ κουράτορες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων, teste Modestino in *l. εἰδέναι χρή. 13. pr. de excus.* id est, *valde pauca sunt ea, in quibus distant curatores à tutoribus.* & alias nullum esset discrimen inter habentem curatorem & non habentem: cum tamen tam notabile afferatur in *d. l. 3. C. de in int. rest. min.*

15. Confirmat, non evertit hanc sententiam locus Pauli in *l. obligari. 43. de obl. & act.* ubi sic scribit, *Obligari potest paterfam. suæ potestatis pubes.* His enim verbis, *suæ potestatis pubes,* significatur is pubes, qui nec in curatione sit, removenturque puberes curatorem habentes, & ii, quibus bonis interdictum est: alioqui superfluò verba

ba

ba illa adjicerentur, cum nullus sit paterfamilias, qui non sit suæ potestatis suive juris, si verba ista accipiantur in sensu vulgari, ut in *titt. Inst. & D. de his qui sui vel al. jur.* Sic & Ulpianus in *l. 2. §. 1. de pollicit.* ait, voto obligari patres fam. puberes sui juris. *sui juris*, id est, suæ curæ, qui nec sint in potestate administratoria curatoris: quomodo & Cuiacius ipse hoc explicat *21. obs. 23.*

16. Ac mihi planè persuadeo, neque Cuiacium, neque quenquam alium ab hac sententia, cæteris ferè interpretibus probata, recessurum fuisse, nisi eos movisset responsum Modestini in *l. puberes. 101. de verb. obl.* Verba Modestini sunt; *Puberes sine curatoribus suis ex stipulatu obligari possunt.* Si ex hoc uno loco res decidenda esset, protinus subscriberem sententiæ Cuiacii: sed quoniam ex professo in contrariam sententiam scripta est *d. l. 3. C. de in int. rest. min.* & quidem ita, ut in aliam trahi nequeat (omitto nunc rationes & alios locos supra adductos) danda potius opera, ut verbis *d. l. 101.* ea aptetur interpretatio, qua fiat, ut ne illa *d. l. 3.* repugnet. Et dictio quidem illa rela-

relativa & reciproca *suis* non patitur, ut verba Modestini sic interpretemur, *puberes qui sunt sine curatoribus* &c. nec argumentum aut titulus, ut ea restringamus ad nuptias aut sponsalia. At hæc interpretio colorem habet; *Puberes sine curatoribus suis* &c. id est, absentibus curatoribus, quos habent, contrahentes; puberes alibi versantes sine curatoribus suis ex stipulatu obligari possunt; non utique sine illorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens esse & statim auctor fieri debeat. *l. 9. §. pen. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea interveniens, atque ejus etiam, qui præsens non fuit, sufficiat. Nec video quid speciosius afferri possit ad evitandam legum pugnam, nisi putamus Modestinum ita scripsisse: Ἔφηβοι οἱ ἄνευ κουρατόρων, &c. id est, *puberes sine curatoribus constituti*, ut Impp. in *d. l. 3.* quod malè conversum sit. Sane pleraque Modestini de tutoribus & curatoribus Græco sermone scripta esse constat ex *titt. de confirm. tut. Qui pet. tut. De tut. dat. De excus. tut.* Consuli interim poterunt

terunt *DD. in d. l. 3. & d. l. 101. Robert. 1. animad. 12. Gœdd. tract. de contr. & comm. stip. c. 7. Lyclam. 7. membr. 15. Tim. Fab. anniverſ. diſp. 9.* Porro paciſci cum omnibus poſſumus, quibuſcum juris gentium communio eſt. Ergo & cum ſervis, cum deportatis, aliiſque peregrinis, cum hæreticis, cum hoſtibus, quibus omnibus fides data jure gentium ſervanda eſt. *l. nam & Servius. 21. de neg. geſt. l. bona fides. 31. depoſ.* de quo luculentius *ſup. c. 2. & 3.*

CAP. XV.

An quis pactione ſua alteri nocere, aut prodeſſe queat.

1. *Quibus caſibus pactum reale ſervi aut filiifa. domino aut patri noceat.*
2. *Quando pactum perſonale filii, ne ipſe petat, utile.*
3. *Quibus caſibus pactum procuratoris, ne dominus petat, domino noceat.*
4. *Quando tutoris, curatoris &c. pupillo, minori &c. noceat.*
5. *Cur pactio emptoris hereditatis & debitoris hereditarii noceat venditori hereditatis.*

6. Pa-

6. *Pactum servi & filii ne à domino aut patre petatur, prodest domino & patri.*
7. *Quid juris, si filiusfa. aut servus pacti, ne à se peteretur.*
8. *Quid si pater pactus, ne à filio petatur.*
9. *Pactum procuratoris negotiorum domino prodest ad exceptionem doli.*
10. *Ejus, qui planè extraneus est, pactum nobis non prodesse.*
11. *Contemplatio auctoris circa l. 3. C. de don. quæ sub mod.*
12. *Quantum vi & effectu differunt prohibitio alienationis testamentaria & conventionalis.*

NEmo pactione sua alteri nocere potest, ne ei quidem, cujus est in potestate. *l. si tibi. 17. §. pen. l. si unus. 27. §. 4. vers. ante omnia. l. contra juris. 28. §. 2. l. ult. hoc tit.*

1. Cæterum pactum à servo aut filiofam. in rem factum, ne pecunia petatur, domino aut patri interdum nocet, videlicet si de re peculiari, cujus liberam habent administrationem, non donationis causa, sed transactionis, aliave simili, quæ non excedit fines administrationis, factum sit. *d. l. contra juris.*

juris. §. 2. *hoc tit.* Quinetiam pactum de re dominica aliquando utile est, veluti si servus dominicam pecuniam credens pactus sit, ne ea ante certum tempus petatur. *l. sin autem.* 29. *eod.* Quod si servus aut filius pacti sint, ne ipsi peterent, inutile est pactum. *d. l. contra juris.* §. 2. *eod.* Nam cum neque servus, neque filiusfam. regulariter petere seu agere possit. *l. filiusfam.* 9. *de obl. & act. l.* 6. *C. de judic.* pacta de non petendo frustra in eorum personam concipiuntur.

2. Quibusdam tamen casibus in persona filiifam. id aliter se habet; veluti si paciscatur, ne injuriarum agat, vel alia quapiam actione ex earum numero, quæ jure singulari filiofam. competunt. *d. l. filiusfam. de obl. & act.* quod & Caius significat in *l. in persona.* 30. *hoc tit.* Item cum pactum à filiofam. confertur in id tempus, quo sui juris effectus agere poterit. *l & hered.* 21. §. 3. *eod.*

3. Sed nec pactum à procuratore factum, ne dominus petat, nocet domino, præterquam tribus in casibus. quorum primus est, si dominus procuratori suo mandavit, ut paciscere-

tur:

tur: alter, si sit procurator omnium rerum, totorum seu universorum bonorum. *l. nam & nocere. 12. eod.* quibus verbis veteres compendio sermonis significant eum, cui plena liberaque rerum administratio concessa est. *l. procurator cui. 58. l. procurator totorum. 63. de procur. l. jusjurandum. 17. §. ult. de jurejur. Vaud. 1. quæst. 47. Duar. ad l. 1. §. per procuratorem. 20, de acq. poss.* Atque hujus procuratoris tam ampla potestas est, ut exigere, novare, aliud pro alio permutare, eaque omnia facere possit, quæcunque ad administrationem magis, quam ad profusionem dissipationemve patrimonii pertinent. Nam donationis causa pacisci non potest, ac ne eas quidem res vendere, quas diligens attentusque paterfamilias distrahere non solet. *d. l. contra juris. 28. §. 2. hoc tit. d. l. 63. de procur. l. si consensit. §. 1. quib. mod. pign. solv.* Tertius casus est, cum quis procurator in rem suam constituitur, id est, cum ei actio ceditur; quia hic, ut ait Paulus, domini loco habetur. *l. sed si. 13. §. 1. hoc tit.*

4. Similiter nec pactum tutoris aut curatoris donationis causa factum pupillo

pillo aut adulto nocet. *l. pactum. 22. C. eod.* nocet autem si factum sit de re dubia transactionis causâ. *l. interdum. 56. §. pen. de furt.* per *l. tutor. 35. pr. de jurejur.* Curator quoque sive administrator reipub. aut civitatis paciscendo non magis reipub. aut civitati, quam tutor pupillo, nocere potest. *l. Imperatores. 37. hoc tit. l. præses. 12. C. de transact.* eademque causa est ejus, qui societatis vel universitatis magister dicitur. *l. item magistri. 14. hoc tit. l. actor. 9. rat. rem hab.* atque ita accipiendum quod Ulpianus *d. l. 14.* ait, magistri pactum & prodesse & obesse.

5. Pactio facta inter emptorem hereditatis & debitorem hereditarium nocet venditori. *l. si cum. 16. hoc tit.* nec mirum, cum totum commodum ad emptorem pertineat, qui etiam utiles actiones proprio nomine habet ex constitutione Divi Pii. *d. l. 16.* Facilius admittendum fuit, ut quis pactione sua alteri possit prodesse: quod & ipsum tamen regulariter receptum non est. *l. si tibi. 17. §. 4. l. si cum. 36. l. tale pactum. 40. §. ult. hoc tit. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. oblig.* Pactum filii aut servi, ne à patre aut domino petatur,

tur, utile eſt, prodeſtque patri & domino. *d. l. ſi tibi. in fin. cum 2. ll. ſeqq. eod.* quoniam per eas perſonas, quæ in poteſtate noſtra ſunt, melior conditio noſtra fieri poteſt, etſi deterior fieri non poteſt. *l. melior. 133. de reg. jur. l. 3. l. filius. 23. C. hoc tit.* Idemque dicendum & de eo ſervo, in quo uſumfructum habemus, aut qui nobis bona fide ſervit. *l. ſi debitor. 55. eod.* Si filiusfam. pactum fecerit, ne à ſe petatur, proderit ei. *l. acquirent. 19. §. 1. eod.* Nam ex omni cauſa filiusfam. conveniri poteſt, ſicut paterfam. *l. filiusfam. 39. de obl. & act.* ac tametſi pactum iſtud perſonale ſit, nihilominus tamen & patri proderit, ſi nomine filii conveniatur; utique quamdiu filius vivit; morte enim filii extinguitur, quia perſonale eſt. Quod ſi ſervus, ne à ſe peteretur, pactus ſit, nihil valebit pactum; quia ab eo peti non poteſt. *l. cum ſervo. 107. de reg. jur.* At enim ſi in rem paciſcatur, proderit domino pacti conventi exceptio. Si vero in perſonam pactum conceptum fuerit, dabitur domino hoc caſu exceptio doli ſubſidiaria. *l. & heredi. 21. §. 1. hoc tit.*

8. Pactum à patre factum ne à filio petatur,

tatur, filio non prodest, etiamsi postea heres filius extiterit. *l. si tibi. 17. §. 4. eod.* quod tamen cum Cuiacio sic accipio, hactenus non prodesse, ut filius pacti exceptione directa utatur: nam doli exceptio non videtur ei deneganda. *arg. d. l. & her. §. 2. hoc tit.* & ita quoque *Zas. in d. l. si tibi. §. cum possessor. n. 7. & Pac. in §. 4. eod.* Sed si pater paciscatur filio, ut heredi futuro, quod facere intelligitur, cum super ea obligatione paciscitur, ex qua non potest filius, nisi ut heres, conveniri, exceptio pacti filio danda est: nam heredi consuli concessum est: & nihil prohibet uni ex heredibus providere; cæteris autem non consuli, auctore Celso in *l. avus. 33. hoc tit.* quod & Pomponius probat. *l. 10. de pact. dotal.* Huic tamen sententiæ obloqui videtur Iulianus *l. eum qui. 56. §. 1. de verb. oblig.* ubi ait, si quis promiserit se & Titium heredem suum daturum, nihilominus cæteros quoque heredes teneri, quamvis convenisse videatur, ne à cæteris peteretur; Nolo hîc examinare varias responsiones cum veterum, tum recentiorum interpretum in *d. l. 33. & d. l. 56. §. 1.* sed quid mihi ad *d. l. 56. §. 1.* responden-

dendum videatur, breviter exponam. Ajo igitur Iulianum illic principaliter agere de constituenda obligatione in unum ex heredibus, quod fieri propter legem 12. tabb. non potest: utpote ex qua obligatio, quæ in defunctum cœpit, in omnes competit pro portionibus hereditariis. *l. 2. C. de her. act. l. 6. C. fam. erc.* Et quamvis, si verba stipulationis spectamus, in qua solius Titii mentio facta, possit videri tacitè convenisse, ne ab aliis heredibus, sed à solo Titio peteretur; tamen taciti hujus, & tantum non imaginarii pacti rationem non habendam, propterea quod verisimile non est eam fuisse mentem stipulatoris decem sibi dari stipulantis, ut à solo Titio eam summam peteret, à cæteris nihil peteret, atque ita integra decem non posset consequi. Certum enim est, Titium ultra portionem hereditariam obligari non potuisse, & vel ideo, quia heres ultra eam portionem habetur pro extraneo. *l. 14. C. de rei vind. l. pen. C. de her. act.* Atque hinc est, quod Iulianus ait, Titii personam supervacuè comprehensam esse. Ex converso quoque qui stipulatur sibi & Titio heredi suo

ſuo dari, omnibus heredibus ſuis obligationem acquirit propter eandem legem 12. tabb. ex qua etiam obligatio à defuncto cœpta heredibus omnibus pro hereditaria cujuſque parte acquiritur. quod cum procul dubio cum effectu accipiendũ ſit, conſequens omnino eſt, neminem partem ſuam petentem exceptione ſummoveri poſſe, contra quam exiſtimat Accurſius in *d.l. 33.h.t.* At verò apud Celſum *d.l.33.* non agitur de uno ex heredibus obligando, neque de obligatione uni acquirenda; ſed de uno per pactionem liberando, eique ita conſulendo, ut huic ſoli exceptio proſit, cæteris non item. Hoc autem etſi tacita pactione non efficitur, expreſſa tamen effici poteſt. Tutoris quoque & curatoris pactum prodeſt pupillo, adulto, furioſo & prodigo. *l. tutoris. 15. l. contra. 28. §. 1. eod. l. curatoris. 22. C. eod.* quia etſi perſonæ extraneæ ſunt, tamen ob hoc ipſum rebus noſtris adminiſtrandis ſunt præpoſiti, ut faciant conditionem noſtram meliorem. Sed & pactum procuratoris negotiorum domino prodeſt, quanquam non ad exceptionem pacti, ſed ad exceptionem doli, quæ exceptionis pacti plerumque

rumque subsidium est. *l. rescriptum. 10. §. ult. eod.* Quippe exceptio doli non tam ex facto procuratoris nobis nascitur, quam ex dolo creditoris nostri; quem certum est dolo facere, si id petat, quod procuratori nostro, id est, pene alteri domino, & quidem nostro nomine remiserit. *l. 1. §. 1. & 2. de dol. mal. except.* Et generaliter quicunque stipulando nobis acquirere possunt, iidem & paciscendo possunt conditionem nostram facere meliorem. *l. per quos. 59. hoc tit.*

10. At si quis planè extraneus est, qui nec in potestate nostra sit, nec rebus nostris administrandis præsit, ejus pactum nobis non prodest, nec inde aut actio aut exceptio acquiritur extraneo. *l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl. l. 3. C. de inut. stipul. l. quo tutela. 73. §. ult. de reg. jur.* quanquam interdum in subsidium exceptio doli datur. *l. idem in duobus. 25. §. ult. & l. seq. hoc tit.* Illud singulare esse videtur in donatione, quod ex donatoris pacto acquiri potest actio tertio alicui extraneo contra donatarium. *per l. 3. C. de donat. quæ sub mod.* cujus rei hanc esse rationem scribit *Covar. 1. var. resol.*

sol. c. 14. quod id speciale sit in donatore liberalitatem exercente in donatarium, ut possit donator obligationem exigere in alicujus tertii favorem. obiter inspici potest & *Ant. Fab. Cod. suo forens. ad d. tit. C. de donat. quæ sub mod. defin. 2.*

11. Tentari tamen potest, in *d. l. 3. C. eo tit.* occurrere speciem fideicommissi in contractu constituti. Sane enim & in contractibus interdum fideicommissum constituitur *l. Publia Mævia. 26. pr. depos. l. si pecunia. 77. de legat. 1.* Et sic possum in traditione rei meæ pacisci, ne res alienetur. *l. ult. C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. C. de reb. al. non al. l. in traditionibus. 48. hoc tit. l. 3. C. de cond. ob caus. dat.* cui non obstat *l. pen. hoc tit.* quippe quæ ad eum casum non pertinet, cum pactio intercessit in traditione rei meæ, sed inter duorum prædiorum dominos, quorum alter ab altero nihil accepit.

12. Atque hæc est prohibitio conventionalis, inter quàm & prohibitionem testamentariam, ut id obiter addam, hoc interest, quod ex testamentaria prohibitione æquè ac ex legali, ad revocandam rem alienatam actio

in rem competit. *l. ult. §. 3. C. comm. de legat.* At si contra conventionale fideicommissum alienatio facta sit, personalis duntaxat actio contra alienantem datur. *d. l. 3. C. de cond. ob caus. dat.* Quapropter quamvis in *d. l. ult. C. de reb. al. non alien.* prohibitio fiat alienationis rei non modo quæ in testamento, sed etiam quæ in contractu alienari vetatur, ex eo tamen non oportet colligere eundem esse utriusque prohibitionis effectum, sed accommodanda est vis ac potestas prohibitionis ad eum modum, quem species singulæ illic positæ pro natura sua admittunt; quod & interpp. vulgo observant. *Bronch. cent. 1. assert. 36.*

CAP. XVI.

Quatenus pactum debitoris fidejussori, aut fidejussoris debitori prosit. & de pacto unius è duobus reis.

1. *An utilitas exceptionis fidejussori quæsita ex pactione rei, contraria rei pactione ei auferri queat.*

2. Pa-

2. *Pactum fidejussoris nec reo nec confidejussori prodest.*
3. *Iurisjurandi alia ratio. & quare.*
4. *Quid juris, si expresse convenit, ne à reo quoque petatur.*
5. *Pactum unius ex correis debendi sociis alteri quoque prodesse: nec obstare l. 3. §. 3. de lib. legat.*
6. *Si socii non sunt, non prodesse.*
7. *Species l. 2. C. de duob. reis.*
8. *Quid si uni ex correis debendi reddita cautio, & ita tacite pactio inducta?*
9. *Pactum unius è duobus reis credendi sociis ita alteri non nocere, ut neque prosit.*
10. *Explicatio l. si duo. 34. de recept. arbitr.*
11. *Si rei credendi socii non sint, pactum unius alteri nullo obesse modo.*

PActum debitoris in rem conceptum fidejussori quoque prodesse constat, non tam propter vicinitatem obligationis, quam ob regulam traditam *l. & heredi. 21. §. ult. hoc tit.* ut jam intelleximus. Personale autem pactum debitoris diximus fidejussori non prodesse (utique jure veteri) *l. nisi hoc. 22. eod.* Atqui, inquis, etiam hic interest

rei, ne à fidejussore petatur. Sed id in proposito considerari non debet: quippe ubi reus expressè pactum ad suam personam restrinxit, creditori, qui aliter pactus non fuisset, non poterit objici exceptio à fidejussore, aut si objiciatur, replicatione elidetur. Quid si simpliciter sine particula taxativa pactus sit debitor ne à se petatur? Puto hoc pactum etiam fidejussori profuturum & omnibus, quorum principaliter & pecuniariè interest, ne ab aliis petatur. *arg. l. si tibi. 17. §. propen. hoc tit.* Procedit igitur *d. l. nisi hoc. 22.* in pacto, ut loquitur Bartolus, personalissimo, quando pacto est inserta dictio taxativa; veluti si convenit, ut à reo duntaxat non petatur. Potest autem & sine persona sua reus pacisci, ne à fidejussore petatur, ut pactum sit efficax. *l. si unus. 27. §. 1. eod.*

1. Quæstionis est, an utilitas exceptionis semel fidejussori quæsitæ ex pactione debitoris ei iterum contraria debitoris pactione auferri queat. Et Furius Anthianus respondit, non posse. *l. ult. hoc tit.* cui obstare videtur *l. si unus. 27. §. 2. vers. eadem ratione. eod.* ubi Paulus ait, prius pactum eadem

ra-

ratione fidejussoribus non prodesse, qua prius non prodest debitori, qui postea pactus est, ut petere liceret. Sed non sunt hæc contraria. Nam hoc tantum significat Paulus, ut pactum de non petendo debitori factum posteriore debitoris pacto de petendo tollitur, non ipso jure, sed ope replicationis, ita & pactum factum debitori vel fidejussori pacto contrario ipsius fidejussoris per replicationem elidi, ut noceat fidejussori. Longè autem diversum est, quod Anthianus definit, exceptionem fidejussori vel sua vel debitoris pactione semel quæsitam, ipsi invito extorqueri non posse. *Pac. 1. cent. 98.*

2. Ex converso pactum fidejussoris reo non prodest, quoniam ut prosit reo, nihil interest fidejussoris; quippe in quem reus, si solverit, nullam actionem habiturus sit: ac proinde etsi fidejussor simpliciter pactus sit, ne pecunia petatur, nihilomagis id proderit reo. *l. fidejussoris. 23. hoc tit.* eademque ratione nec confidejussori hujusmodi pacta proderunt. *d. l. 23.*

3. Jurisjurandi alia ratio est: id enim solutionis loco cedit. *l. jusjurandum.*

dum.27.& l. seq.§.1. de jurejur. dummodo de ipso contractu & de re juratum sit: quoniam tunc perinde habetur, quasi nihil debeatur. *l.in duobus.28. §.1.d. tit.* Pactum autem non facit, ut ne quis debeat, sed ut defendatur exceptione.

4. Cæterum si expressè convenit, ne à reo quoque petatur, placet tale fidejussoris pactum etiam reo proficere. *l. idem in duobus. 25. §. ult. & l.seq. hoc tit.* quo tamen casu debitori non exceptio pacti, sed doli exceptio datur. *d. l.25. §.ult.* nimirum ex æquo & bono: est enim exceptio doli subsidiaria illius, quæ alias ex pacto competeret, ut supra quoque monuimus. *l. rescriptum.10.§.2. eod.* Placet autem hoc casu etiam reo exceptionem dari propter *συμπλοκὴν*, seu connexum obligationum, quia reus & fidejussor unum & idem debent. Idem est & in confidejussoribus. Excipitur & hîc casus, si fidejussor quis sit in rem suam: quoniam hîc reus potius est, quam fidejussor, & is pro quo fidem interposuit, fidejussor verius, quam reus. *l.sed si. 24. eod.*

5. Si unus ex correis debendi, qui &

& socii sint, pactus sit, ne à se petatur, quin id pactum cæteris quoque prosit, vix ambigitur, propter regulam *l. & heredi.21.§.ult.hoc tit.* Nam hîc quoque paciscentis pecuniariter interest, à socio promittendi reo non exigi, quia si solvat, id alteri judicio societatis reputabitnr. Obstare tamen videtur, quod Julianum respondisse Ulpianus *l. 3.§.3.de liber. legat.* refert, si uni ex correis sociis liberatio legata sit, non pacto, sed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, ille inquietetur: quibus verbis non obscurè significat, pactum unius rei debendi alteri non prodesse, licet socii sint. Sed rectè respondet Bachovius Jurisconsultum in specie illic proposita liberationem fieri voluisse per eum modum, quo penitus & ipso jure obligatio perimitur, ut in omnem eventum legatario prospectum sit; cum alioqui actione ipso jure non sublata fieri possit & aliquando contingere, ut actione adversus alterum instituta ipse inquietetur.

6. Quid si socii non sint? pactum unius alteri non prodesse probatur ex *l. idem.25. hoc tit.* quæ lex conjungen-

da eſt cum *l. fidejuſſoris. 23. eod.* ut inſcriptio & res ipſa indicat. Ceſſat quoque hìc regula *d. l. 21. §. ult. eod.* quia non intereſt paciſcentis à correo, qui ſocius non ſit, non peti. Et huc in primis facit *d. l. 3. §. 3. de lib. legat.* ubi Juriſconſultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata, agendo quidem conſequi poſſe, ut pacto liberetur; ſed non ut per acceptilationem, ne alteri liberatio proſit.

7. Plerique tamen credunt huic ſententiæ contrarium eſſe, quod reſcriptum eſt *l. 2. C. de duob. reis*, ſi unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori, exolvat, quod ultra dimidiam ſuam ſolvit, poſſe repetere: quod ſic accipiunt, poſſe repetere etiam citra ceſſionem in correum actionis, videlicet ſubſidiaria actione negotiorum geſtorum: & ſecundum id ſæpe judicatum eſſe teſtantur *Ant. Fab. Cod. ſuo for. de duob. reis. defin. 1. Chriſtin. vol. 3. deciſ. 114. & vol. 4. deciſ. 178.* Ego verò puto *d. l. 2.* commodè accipi poſſe de correis ſociis, propterea quod pecunia ibi dicitur communiter mutuò accepta. *vid. eund. Fab. 11. conject. 6. & ſeqq. Perez ad tit. C. de*

C. de duob. reis. n. 10. & seq. Planè si quis nominatim correo quoque suo paciscatur, proderit ei pactum ad exceptionem doli, *arg. l. idem in duobus. §. ult. cum l. seq. hoc tit.*

8. Quid si tacitè pactum inducatur ex chirographi redditione uni ex correis debendi facta? Non alii prodesse posse Alexander ad *l. 2. hoc tit.* scripsit, quam ei cui redditum est. Tacitum enim pactum ex facto inducitur. Factum autem nullum intercedit creditoris nisi cum eo ex correis, cui chirographum redditur. Et potius redditio illa conjecturam inducit & probationem mandatarum ei adversus correum actionum, *arg. l. 1. C. de donat. l. Mævia. 49. solut. matrim. l. servum filii. 44. §. eum qui. 5. de legat. 1.* Ex quo apparet non posse correo ex ea causa quæri exceptionem pacti de non petendo; alioqui videretur creditor mandasse actionem inutilem; quippe quæ per exceptionem pacti elidi posset: idemque creditoris factum & actionem præberet, & simul exceptionem, qua hæc actio elideretur. quod est absurdum. Fidejussorum alia ratio est. Quid ni enim iis prosit exceptio pacti, cum non

possit redditio instrumenti facere, ut adversus eos ulla actio mandata videatur: Namque reus principalis regressum habere non potest adversus fidejussorem suum, cui ex contrario ipse indemnitatem præstare debet. Plane si in rem suam fidejussit, aliud dicendum est: nam hoc casu nec pro fidejussore habetur. *l. sed si. 24. hoc tit. l. 8. §. 1. qui satisd. cog. l. 5. de liber. legat.* & ita judicatum refert *Ant. Fab. Cod. suo. hoc tit. defin. 6. vid. & sup. c. 12. n. 13.*

9. Illud adhuc videndum, an pactum unius ex reis stipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, nempe si pactus sit se non petiturum. Et hic iterum interesse putem, socii sint, nec ne. Si socii sunt, pactum unius alteri ita non nocebit, ut neque prosit: nam saltem pro parte obstabit correo petenti exceptio, pro ea videlicet parte, quam ille socio restituere teneretur judicio societatis: eam autem partem, quam ipse consequitur, communicare non tenetur socio, cujus pactione effectum, ne integrum consequi potuerit. Et utut summi juris ratio efficere videtur, ut nullo modo unius pactum alteri obsit, propter conditionem

nem obligationis duorum reorum, in quorum singulorum persona tota obligatio consistit: æquitatis tamen ratio facit, ut agenti saltem obstet exceptio pro parte.

10. Objicit huic sententiæ *Ant. Faber l. si duo. 34. de rec. arbitr.* Ex qua ita, argumentatur; Si compromissum unius ex correis sociis in totum alteri nocet, ergo nocebit & pactum: at compromissum nocet &c. *d. l. 34.* Respondeo, falsum est assumptum: idque vel ex eadem *l. 34.* liquere potest. non enim quæritur eo loco, an socius petere, quod promissum est, possit; sed an petente eo stipulatio pœnalis interposita à socio, qui compromisit, committatur; quod non obscurè affirmat Jurisconsultus. Unde facile intelligitur compromissum socio, qui non compromisit, non nocere: quamvis & eo petente stipulatio pœnalis committatur adversus eum scilicet, qui compromisit.

11. Quod si correi credendi socii non sint, pactio unius alteri non oberit ullo modo: quoniam talia pacta vim suam nunquam exerunt extra personas paciscentium. *l. si unus. 27. in fin.*

fin. pr. junct. §. 4. vers. ante omnia hoc tit. Aliud est, si unus promissori acceptum tulerit. *l. 2. de duob. re.* aut novandi animo alium reum acceperit. *l. si rem. 31. §. 1. de nov[...]* aut jusjurandum detulerit. *l. 28. de jurejur.* quia hęc omnia vicem solutionis obtinent. Sed & vim litis contestatæ jusjurandum habet. *l. 9. §. 3. de jurejur.* Petitione autem unius alterius jus consumitur. *l. 2. de duob. reis: l. 31. §. 1. de novat. l. 11. §. sic evenit. 21. de legat. 3.* Hæc nunc pro instituto sufficiant: alio fortassis tempore & loco nonnulla opulentius.

CAP. XVII.

De pactis majoris partis creditorum.

1. *Pactio debitoris, licet facta cum majore parte creditorum, aliis creditoribus non nocet.*
2. *Excipitur casus, de quo l. 7. §. ult. & 3. ll. seqq. hoc tit.*
3. *Exceptionis hujus ratio.*
4. *Major pars creditorum non ex numero personarum, sed ex modo debiti æstimatur.*

5. Cre-

5. *Creditores absentes, rectè & tempestive citatos, sequi debere exemplum præsentium.*
6. *Non excipi in hoc negotio creditores privilegiarios.*
7. *Hypothecarios excipi, & qui fidejussorem habent. & quare.*
8. *Sententia Pauli in l. si præcedente. 58. §. 1. mandat.*

CReditores cum debitoribus suis obæratis qui solvendo non sunt, interdum paciscuntur de parte aliqua debiti non petenda: & hæc quidem pacta certo jure nocent illis, qui pacti sunt de certa portione remittenda: sed an aliis creditoribus, qui forte noluerunt paciscì, noceat pactio majoris partis creditorum, ut nec ipsi possint totum petere, quæritur.

1. Dicendum est debitoris pactionem licet cum majore parte creditorum factam, cæteris non obesse. *l. debitorum. 25. C. hoc tit. per l. non debet. 74. de reg. jur. tot. tit. C. res int. al. act. l. solvendo. 39. de neg. gest.* item arg. *l. ult. C. qui bon. ced. poss.* ubi pars major creditorum minori quidem parti præjudicare potest in danda dilatione seu induciis

duciis ad solvendum secundum formam illius constitutionis : cæterum non idem statuitur de remittenda parte debiti.

2. Quo pertinet ergo disputatio Jurisconsultorum in *l. juris gentium. 7. §. ult. & 3. ll. seqq. hoc tit.* de pactione majoris partis creditorum ? nimirum ad casum singularem ; cum scilicet hæres, qui vocatur ad hereditatem debitoris obærati, æs alienum metuens ita se instituit ; ut nolit aliter hereditatem adire, quam si à creditoribus sibi caverit, eos certa parte debiti contentos fore. Hoc casu placet pacta majoris partis creditorum nomine omnium facta, non tantum nocere paciscentibus, sed etiam iis, qui pacti non sunt. *d. l. 7. §. si ante. 17. junct. d. §. ult. eod. arg. l. quod major. 19. ad municip.*

3. Atque hoc non sine evidenti ratione æquitatis constitutum est, quoniam creditorum omnium, etiam eorum, qui pacti non sunt, interest heredem adire hereditatem, ut saltem partem aliquam debiti, salvam habeant, cum alias fieri posset, ut totum amitterent, aut de eo in dubium venirent, quia hereditate non adita neminem habe-

haberent, quem possent convenire. §. 2. *in fin. Inst. de leg. Falcid.* Hæc autem ratio cessat, ubi heres jam hereditatem adiit nulla pactione interposita: quoniam cum nunc sit aliquis, qui conveniri possit, non debet aliorum, licet majoris partis, pactio obesse his, qui pacti non sunt. Ita recte *Bart. Bald. Angel. Salic. Castr. in dd. ll.* Unus tamen casus est, ubi etiam vivente adhuc debitore principali obærato pactum majoris partis creditorum nocet cæteris: nempe ubi debitor fugitivus est, nec potest commode conveniri. Tunc enim eadem hîc ratio est, quæ allegata fuit in debitore defuncto, cujus heres recusat adire hereditatem. Iason in *l. majorem. 8. hoc tit.*

4. Porro in toto hoc negotio majorem partem æstimari placuit ex modo debiti, non ex numero personarum. *d. l. 8. l. ult. C. qui bon. ced. poss. l. si quis. 14. depos. l. cum bona. 16. de reb. auct. jud. poss.* Enimvero hæc ita in supra dicta specie procedunt, si major creditorum pars de remittenda aliqua debiti portione, non de toto remittendo inter se disceptent, *Paul. Castr. ad d. l. 7. §. ult. hoc tit.*

5. Et

5. Et quidem hîc etiam absentes creditores exemplum præsentium sequi debebunt, inibiturque majoris partis computatio ex iis, qui præsentes sunt. *l. rescriptum. 10. eod.* Cæterum non aliter hoc procedet, quam si rectè & tempestivè citati sint absentes, ut bene *DD. comm.* quamvis Angelus, Castrensis & Pacius dissentiant: qui licet fateantur tutius esse absentes citari, tamen necessarium negant. Etenim cum hîc partes suas prætor interponat, ejusque decreto opus sit, *d. l. 7. §. ult. hoc tit.* speciem judicati hæc res continet, ut iis, qui citati non sunt, ea præjudicare non debeat. *arg. l. de unoquoque. 47. de re jud. l. etiamsi. 29. §. ult. de minor. l. nam ita. 39. de adopt.* Eoque jure utimur.

6. Quod autem major pars creditorum præsentium ita, uti diximus, statuerit, nocebit aliis etiam absentibus creditoribus, quantumvis privilegiariis; *d. l. rescriptum. 10. hoc tit.* nempe iis etiam, qui personale privilegium inter creditores chirographarios habent, ut in *l. qui in navem. 26. l. quod quis. 34. l. bonis. 38. §. 1. de reb. auct. jud. poss. l. si sponsa. 74. de jur. dot.* Item fisco; cum

cum non hypothecam, sed tantum privilegium exigendi personale habet. *d. l. rescriptum. hoc tit.* veluti cum in privati locum fiscus successit. *l. fiscus. 6. de jur. fisc.* Alias ex contractibus suis habet fiscus hypothecam, sicut & ex causa tributorum. *l. 1. l. 2. in quib. caus. pign. tac.*

7. Hypothecariis verò creditoribus pactio creditorum chirographariorum non nocet. *d. l. rescriptum. hoc tit.* cujus rei ratio perspicua est: neque enim iis obesse debet aliorum pactio, qui jus hypothecæ habent, propriaque actione rem sibi obligatam persequi possunt. Sed neque nocere debet creditoribus qui fidejussorem vel mandatorem habent; quoniam his etiam satis prospectum est, etsi heres non adierit hereditatem, cum habeant electionem, utrum debitorem, an fidejussorem convenire velint. *l. si praecedente. 58. §. 1. mandat. add. Trentacinq. resol. lib. 3. sub tit. de solut. c. 3.* In dandis verò induciis, quia minus præjudicii vertitur, etiam hypothecarii creditores sequi tenentur suffragium majoris creditorum partis. *l. ult. vers. nulla quidem differentia. C. qui bon. ced. poss.*

8. Quod

8. Quod autem diximus etiam privilegiariis creditoribus pactionem majoris partis creditorum nocere ex Ulpiano in *d. l. rescriptum. hoc tit.* ei obstare videtur *d. l. si precedente. 58. §. 1. mandat.* ubi Paulus scribit per pactum majoris partis creditorum præsentium non auferri absenti creditori pignus aut privilegium. Cæterum nulla est inter Ulpianum & Paulum pugna: neque enim Ulpianus hoc dicit, pactione majoris partis creditorum præsentium auferri absentibus privilegiariis privilegium, ut putavit Cuiacius, & Busius; sed ipsos etiam sequi debere exemplum creditorum præsentium, & portione debiti esse contentos. At verò privilegium, quod inter actiones personales veititur, non amittunt, & præferuntur nihilominus in portione debiti reliquis creditoribus chirographariis, si forte propter heredis inopiam suam singuli partem consequi nequeant; quod sæpe evenire potest: & hoc solum est, quod Paulus vult in *d. l. si pracedente. §. 1. mandat.* Nam comparatio illa pignoris & privilegii apud Paulum non absolutè, sed κατά τι accipienda: nimirum sicut pactione majoris

ris partis non aufertur pignus creditoribus hypothecariis, ita nec privilegium auferri creditoribus privilegiariis. Illud verò discrimen adhuc manet, quod conventione illa nec in parte debiti præjudicetur creditoribus hypothecariis, privilegiariis autem præjudicetur, ut rectè post Bartolum & alios veteres interpretes Baro & Costalius in *d. l. rescriptum. Borcholt. de pact. c. 5. n. 21. & seqq. Pac. cent. 1. quæst. 89.*

CAP. XVIII.

De quibus rebus pacisci possumus.

1. *Privatorum pactis jus publicum mutari non posse.*
2. *Non valere pacta, quæ contra juris regulas, seu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt.*
3. *Valeatne conventio vivo testatore facta, ne heres Falcidiâ utatur.*
4. *Interpretatio l. pactum. 46. hoc tit.*
5. *Valere pactionem gratuitam de remittendo legato conditionali, contra Ant. Fabrum.*

6. De

6. *De controversiis, quæ ex testamento oriuntur, etiam non inspectis tabulis rectè paciscimur.*
7. *De alimentis testamento relictis gratis pacisci citra prætoris auctoritatem licere.*
8. *Pactum de quota litis cur improbatum.*
9. *An non saltem pactio, quæ per se non valet, vires accipiat à jurejurando.*

PAcisci possumus de re privata duntaxat & familiari, veluti si quis paciscatur, ne judicati, incensarum ædium, depositi, furti agat, ne operis novi nuntiationem exequatur. *l. juris gentium. 7. §. si paciscar. 13. & 2. seqq. hoc tit.* ne debitorem ultra quam quatenus facere possit, conveniat. *l. si quis crediderit. 49. eod.* ne ab herede hereditatem adituro totum petat. *d. l. 7. §. si ante. 17. eod.* ne legatorum sibi relictorum nomine satisdationem ab herede exigat. *l. pactum. 46. eod. fac. l. 2. C. ut in poss. legat.* ne utatur fori præscriptione. *l. pen. C. eod.* Eadem ratione valet pactum, ut res deposita sit periculo ejus, apud quem deponitur. *l. 7. §. sed & si. 15. eod. l. 1. §. sæpe evenit. 35. depos. l. con-*

l. contractus. 23. de reg. jur. ne jumenti vitiosi aut morbosi venditor teneatur emptori actione redhibitoria. *l. 31. hoc tit.* Licet enim id pactum fiat contra edictum ædilium, ad rem tamen paciscentium privatam & familiarem tantum spectat, & renunciationem continet beneficii emptori edicto ædilitio concessi. Item si fideicommissi onere invicem gravati sint filii, potest precaria hæc substitutio mutuo consensu remitti. *l. cum proponas. 16. C. eod.* cui simile exemplum est, quod proponitur *l. 1. C. eod.* cum quis spem fideicommissi conditionalis sibi delati pacto remittit, & pro ea remissione quid vicissim accipit. Ex eadem regula & illud est, quod si inter emptorem & venditorem convenerit, ut venditor de evictione non teneatur, pactio servanda sit. *l. in emptionibus. 43. eod. l. 11. §. ult. de act. empt.*

1. De iis vero rebus, quæ ad causam publicam pertinent, pacisci non possumus; puta si quis paciscatur, ne operis novi nuntiationem, quæ reipub. causa facta est, exequatur. *l. 7. §. si paciscar. 14. hoc tit.* nam jus publicum privatorum pactis mutari non potest. *l. jus publi-*

publicum. 38. *eod.* Et hoc est, quod generaliter definit Ulpianus *d. l.* 7. *§. & generaliter.* quoties pactum à jure communi remotum est, servari hoc non oportere. *à jure communi*, dictum videtur pro à jure singulorum & re cujusque privata. *l. si unus.* 27. *§. pacta.* 4. *eod.* Et ideo si is, cui oppigneratur prædium, paciscatur cum debitore, ne onus tributi prædii oppignerati agnoscat, sed ejus solvendi necessitas incumbat debitori, hoc pacto non convellitur forma juris fiscalis. *l. inter debitorem.* 42. *eod.* quanquam quod ad paciscentes attinet justum, ac proinde servandum est. *l. epistola.* 52. *§.* 2. *eod. l. ult. C. sin. cens. vel reliq.*

2. Aliter hæc cum Græcis explicat Cuiac. *lib.* 1. *obs. c.* 24. res autem eodem recidit. Similiter non valent pacta, quæ contra juris civilis regulas seu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt. *l. contra.* 28. *hoc tit. l.* 27. *de reg. jur.* veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit, ne à debitore suo petat. *d. l.* 28. aut si convenerit, ne omnino, vel ut longiore tempore dos reddatur. *l.* 2. *l.* 12. *§.* 1. *l. licet.* 18. *de pact. dot.* aut si constante matrimonio vir & uxor

uxor paciſcantur, ne ob res donatas ageretur. *l. 5. §. 1. d. t.* Item ſi quis cum aliquo paciſcatur, ne ejus frater ſit. Nam jus agnationis aut cognationis pacto tolli non poteſt. *l. jus agnationis. 34. hoc tit.* Conjunctio ſanguinis neceſſaria eſt & naturalis conjunctio, quæ ex voluntate arbitriove noſtro non pendet. Quam ob cauſam Iſocrates amicitiam conſanguinitate potiorem eſſe dicebat, quod hæc ἐκ τῆς ἀνάγκης, *ex neceſſitate*, illa ἐκ τῆς προαιρέσεως, *ex voluntate* proficiſcatur. Eademque eſt ratio ſententiæ, ſi forte judex adeo excors ſit, ut agnationem inter duos exiſtentem ratione aliqua motus dirimat; aliter atque ſi nullam inter eos agnationem eſſe pronuntiet, quo caſu merito jus facit ſententia & pro veritate habetur. *l. 1. in fin. l. 2. l. 3. pr. de lib. agnoſc.* Et in univerſum ſtatus hominis vel conditio perſonæ pactis mutari non poteſt. *l. liberos. 10. C. de lib. cauſa.* Denique ſicut pacto effici non poteſt, ut is agnatus ſit, qui agnatus non eſt, nec contra: ita quoque ut coheres ſit aliquis, cui neque teſtamento neque lege defertur hereditas, fruſtra cavemus. *l. epiſtola. 52. pr. hoc tit.*

3. Quæ-

3. Quæsitum est, an valeat conventio vivo adhuc testatore facta, ne heres Falcidia utatur, & certam pecuniam, si contra fecerit, præstet? Et Papinianus in *l. quod bonis. 15. §. 1. ad leg. Falc.* respondet hujusmodi conventionem tanquam juri publico contrariam non valere. Qua eadem ratione nec testator ipse olim in suo testamento Falcidiam prohibere potuit: quia nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest. 55. de legat. 1.* Cæterum quoniam jure novissimo testatori permissum est vetare, ne heres Falcidia utatur. *Nov. 1. c. 2.* putavit Cuiacius in *l. pactum. 46. hoc tit.* & cum Cuiacio Busius, hodie etiam vivo testatore privata conventione remitti Falcidiam posse, contra responsum Papiniani in *d. l. quod bonis. §. 1. ad leg. Falcid.* Quod probare non possum. Abutitur Cuiacius ratione Jurisconsulti, dum eam nimis generaliter accipit. Quod potest fieri, inquit, testamento, potest & pacto. Verum est; sed id demum procedit mortuo testatore, cum jam hereditas aut legatum delatum est, aut saltem testamentum morte confirmatum, ut jam am-

amplius voluntas revocari nequeat.

4. Hæc enim eſt ſententia *d. l. 46.* ſicut teſtator potuit teſtamento ſuo cavere, ne ab herede ſatiſdatio legatorum nomine exigatur ita & poſt mortem teſtatoris legatarius, qui ſatiſdationem exigere poterat, eam pacto poteſt heredi remittere. Neque vero cur olim heres Falcidiam vivo teſtatore remittere non potuerit, hæc ratio eſt, quod nec teſtator huic legi derogare potuit; ſed hæc, quod eo tempore inſtitutus nec dum heres dici poteſt, nec ullum planè jus ei natum eſt, cum teſtamentum pro libitu teſtatoris mutari queat: quæ ratio etiamnum obtinet. Et ſic omnino accipiendum, quod Iuriſconſultus in *d. l. 46.* ait licere ſui juris perſecutionem aut ſpem futuræ perceptionis deteriorem conſtituere. nimirum non juris prorſus incerti; & quod in nuda atque imaginaria ſpe poſitum ſit, cujus remiſſio jure noſtro nullùm momentum habet: ſed juris aut jam delati, aut alias ita oblati, ut niſi die aut conditione differretur, ſtatim illud agnoſcendo acquirere poſſemus. Sane poſt mortem teſtatoris conventio facta, ne heres Falcidia utatur,

 valet:

valet: eaque Ulpiani ſententia eſt in *l. qui quod. 46. ad leg. Falcid.* & Marcelli in *l. ſi patronus. 20. §. 1. de donat.* confirmata à Iuſtiniano *l. ult. C. ad leg. Falc.* ex quo loco apparet inter veteres etiam de hoc ipſo dubitatum fuiſſe. Eadem ratione ſanxit idem Iuſtinianus, ut ſi quis à patre certas res pecuniamve acceperit, pactuſque fuerit de querela inofficioſi adverſus patris teſtamentum non movenda, hujuſmodi pacto non prægravetur, poſſitque nihilominus non agnitum patris judicium oppugnare: quamvis poſt mortem patris recte paciſcatur de querela inofficioſi, quæ jam ei nata eſt, non movenda, eique renuntiare poſſit. *l. ſi quando. 35. §. 1. & 2. C. de inoff. teſt.* additur & hæc ratio, quod filii meritis magis ad paterna obſequia provocandi ſunt, quam pactionibus adſtringendi.

5. Hoc amplius putat Ant. Faber non valere conventionem, quantumvis poſt mortem teſtatoris factam, de remittendo legato aut fideicommiſſo conditionali. Valet quidem talis pactio, ſi tranſactionis cauſa facta ſit aliquo accepto vel retento. *l. 1. C. hoc tit. l. 11. C. de tranſact.* Sed valere negat

Faber

Faber eam, quæ ſit gratuito & citra cauſam tranſactionis tantum animo remittendi. Et quare? quia,inquit, tale pactum deſtruit voluntatem teſtatoris, quam ex contrario tranſactio præſupponit. facit Paul. *4. ſent. 1. §. rogati.* Ego autem didici etiam gratis paciſci licere, *l. & uni. 21. §. 4. hoc tit. l. cum proponas. 16. C. eod.* Nec obſtat, quod legatum aut fideicommiſſum pendente conditione repudiare non poſſumus. *l. ſi ita ſcriptum. 45. §. 1. de legat.* 2. nam repudiationis & pacti diverſa ratio eſt. Non repudiantur niſi quæ jam delata ſunt. *l. is qui. 13. l. nec is qui. 17. in fin. cum l. ſeq. de acq. her. l. delata. 151. de verb. ſign.* Pacto remitti poſſunt, & quæ nondum delata. *d. l. & uni. 21. §. 4. d. l. 1. & d. l. 16. C. de pact.* Qui repudiat, remittit in præſens, quod ei delatum eſt & poterat agnoſcendo acquirere. At legatum conditionale non defertur, ac próinde nec acquiri poteſt, quamdiu pendet conditio, mortuoque ante conditionem exiſtentem legatario ad heredem ejus non tranſmittitur. *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. 1. §. ſin autem. 7. C. de caduc. toll.* Qui autem paciſcitur, poteſt etiam in futu-

rum remittere, scilicet cum legatum vel fideicommissum deberi & peti posse cœperit. Qui repudiat, dicit se nolle rem, quæ delata est, ad se pertinere: qui paciscitur, hoc dicit, se etsi post cœperit res deberi, tamen eam non petiturum. Quin nec repudiari potest legatum, cujus dies nondum venit, licet cesserit, veluti si ex certa die nobis legatum sit. *d.l. 45. §. 1. de legat. 2. Gœdd. c. 6. de contr. & comm. stip. n. 15. & seq. post Alciat. Don. & alios ad d. l. 1. C. hoc tit.* Zasius in *l. 17. §. pen. hoc tit.* etiam hanc affert rationem, quia repudiatio tantum nititur consensu unius, & est fragilis: sed pactum nititur consensu utriusque, legatarii & heredis.

6. De controversiis, quæ ex testamento oriuntur, placet non aliter recte transigi, quam inspectis cognitisque testamenti verbis. *l. 6. ubi Gloss. & DD. de transact.* Unde quæsitum, an hoc ipso etiam prohibita videri debeat, gratuita de hujusmodi controversiis pactio facta ante tabularum inspectionem. Affirmat *Bart. in d. l. 6.* negant *Castrens. & Iason*; quorum sententia meo judicio probabilior; eaque defenditur his argumentis. 1. Quia *d. l. 6.* ubi transactio

actio duntaxat prohibetur, aliquid singulare continet, ac proinde extendi non debet. 2. Quia potest quilibet legatum aut jus sibi delatum repudiare. 3. Quia inter pactum & transactionem in casu proposito magna differentia est. quippe qui transigit, accepto forte minimo pro magna summa, decipitur; cum utique velit habere, quod sibi ex testamento debetur: at is, qui ultro totum remittit, non decipitur.

7. Huic quæstioni affinis est & illa, an quis alimenta sibi testamento relicta ex liberalitate donationis causa remittere possit, sive quod idem est, an gratis de futuris alimentis citra prætoris auctoritatem pacisci liceat, quamvis de his transigere sine prætore licitum non sit. *l. 8. per tot. de transact.* Et puto licere, idque ob hasce rationes. 1. Quia id nullibi prohibetur: est autem transactio ex genere prohibitorum. 2. Quia hæc transactionis prohibitio est contra regulas juris communis, ideoque non producenda ad consequentias. *l. quod vero. 14. & seq. de legib.* 3. Quia nemo prohibetur, quod sibi relictum est, repudiare & contemnere. Et quæso qua ratione quis im-

pedietur, quo minus omittat & non petat, quod sibi relictum est? Quid denique interest, utrum non petat prorsus repudietve, an remittat? 4. In pacto cessat ratio, quæ in transactione cognitionem prætoris requirit, ne scilicet alimentarius circumveniatur: non enim videri potest decipi, qui ultro remittit: sed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum in præsens habere, quam singulis annis particulam. Visum est voluntatem testatoris conservari ei, qui liberalitate ejus uti vellet, non qui contemneret. Non movet, quod relatum est in *d. l. 8. §. si uni. 15. de transact.* non posse alimentarium inconsulto prætore fundum in alimenta oppigneratum liberare: Nam qui vult alimenta persequi, sine prætore nihil facere potest, quo eorum conditio deterior fiat. In eadem autem *l. 8. §. si prætor. 17.* non de alimentario remittente, sed de prætore negligente agitur. Porro pacta de re impossibili facta, aut quæ turpem & inhonestam causam continent, quæve contra leges aut bonos mores fiunt, nullius momenti sunt. *l. 7. §. ait prætor. 7. l. si unus. 27. §. 3. & 4.* *hoc*

hoc tit. l. 6. C. eod. l. generaliter. 26. & seq. de verb. oblig. puta de furto faciendo, aliove quovis maleficio. Sed & si quis paciscatur cum aliquo, ne ob dolum suum aut furtum teneatur, si postea admissum fuerit, æque reprobatur hoc pactum, cum magna sit illecebra peccandi spes impunitatis. *d. l. si unus. §. 4.* Diversa causa est ejus pacti, quo convenit, ut ne quod maleficium perpetretur. Cur enim de eo, quod legibus cavetur, pacisci hominibus privatis non liceat? *l. non impossibile. 50. eod.* Cæterum si ob eandem causam promittatur pecunia, nulla nascitur obligatio propter turpitudinem conventionis. *d. l. 7. §. si ob maleficium. 3. eod.*

8. Inter pacta, quæ contra bonos mores fiunt, memoratur & pactum, quo causidicus à litigatore litem redimit, τὸ δίκης μοῖραν, sc. quo convenit, ut is nomine mercedis certam partem ejus pecuniæ, quæ adjudicata fuerit, vel majorem aliquam summam in eventum litis accipiat. *l. sumptus. 53. eod. l. 7. mandat. l. 5. C. de postul.* Nam ejusmodi pactio causidicis calumniose litigandi occasionem præbet, iisque

artibus & ſtrophis veritatem oppugnandi, quas homines in foro ac litibus triti vel nolentes ediſcunt. Lite autem finita paciſci vetitum non eſt de parte reſidui debiti remittenda advocato ob cauſam ejus patrocinio & fide defenſam. *l. 5. C. hoc tit. Perez. ad d. tit. n. 5.* Illæ quoque conventiones & pacta, ut turpia & bonis moribus contraria, jure civili improbantur, quæ circa viventis fiunt ſucceſſionem ſive obtinendam ſive repudiandam. ſed de hoc genere dicemus ex profeſſo cap. ſeq.

9. Hoc autem loco non intempeſtive quæritur, an non ſaltem pactio, quæ per ſe non valet, vires accipiat à jurejurando, quod ejus confirmandæ gratia adhibitum eſt. Et Ulpianus in *d. l. 7. §. & generaliter. 16. hoc tit.* auctoritate Marcelli probat, hoc jusjurandum non majorem pacto vim tribuere, quam pactum per ſe habet. Et ſanè ſi conventio ideo non valet, quia natura aut turpis eſt aut iniqua, non debet à jurejurando ullum robur accipere; cum jusjurandum non debeat eſſe vinculum turpitudinis aut iniquitatis. *c. 1. ext. de jurejur. c. inter ca-*

tera.

tera. 2. quæst. 4. Sed disceptationem habere potest, si lex aliqua civilis conventionem, quæ alioqui ratione objecti per se sit ἀδιάφορος, tantum contemplatione alicujus utilitatis, quæ principaliter non universos, sed singulos respiciat, valere non patiatur, an ea jurejurando firmata servari debeat. verbi causa; non valet donatio inter virum & uxorem, nec ea, quæ excedit summam quingentorum aureorum, nisi actis insinuata sit: non peccat tamen, qui donationes istas non revocat. *Gail. 2. obs. 39. & seq.* ubi & plura hujus generis exempla. Et siquidem hoc solum quæritur, an tale jusjurandum jure civili sit efficax aut obligatorium, constanter dicimus nullam eo jure vim habere, multoque minus confirmare posse conventionem, quæ jure civili nullius momenti sit. *l. 5. C. de legib. d. l. 7. §. & generaliter. 16. hoc tit. l. si quis inquilinus. 112. §. ult. de legat. 1.* Cæterum dicere ne conscientiam quidem jurantis religione obstringi ejus juramenti, quod neque iniquum per se nec contra bonos mores sit, nimis grave est. Recte ergo & verbo Dei convenienter juramentis omnibus sponte præstitis

hæc vis jure canonico tributa est, ut sine exceptione servari debeant, si servata non redundent in alterius præjudicium, nec in dispendium vergant æternæ salutis. *c. cum contingat. 28. ext. de jurejur. c. quamvis. de pact. in 6. c. non est obligatorium. de reg. jur. in 6.* Atque hoc in foro quoque seculari hodie servandum esse volunt. *Coller. de process. p. 1. c. 10. n. 215. Gail. 2. obs. 39. & seq.* & ibi citati.

CAP. XIX.

De pactis circa successiones.

1. *Pactiones de viventis hereditate obtinenda legibus nostris improbata: & qua hujus rei ratio.*
2. *Non excipiuntur pacta de successione mutua, nisi militum ad communem Martis aleam pergentium.*
3. *Defenditur contra communem pacta hujusmodi naturâ turpia non esse.*
4. *Respondetur ad locum Papiniani in l. 29. §. 2. de donat.*
5. *Varia variarum gentium pacta circa mutuam successionem.*

6. Con-

6. *Concluditur ex præcedentibus, posse statuto induci, ut pactis hereditas detur; & jure Canonico hujusmodi pacta juramento confirmari.*
7. *Pactionem de obventura hereditate generaliter conceptam sine designatione certæ personæ valere.*
8. *Eandem pactionem non valere, si is, de cujus hereditate agitur, certus sit; nisi is consentiat, & in ea voluntate usque ad extremum perseveret.*
9. *Aliter, quam vulgo, exponitur l. 2. §. 2. de hered. vel act. vend.*
10. *Explicatio §. ult. Inst. de leg. agn. success.*
11. *Pactis hereditatem non magis conservari, quam dari posse, contra quam vulgò creditur, multis documentis ostenditur.*
12. *Respondetur ad argumentum in contrarium allatum ex l. non aliter. 18. de adopt.*
13. *Etiam pacta de non succedendo improbata esse: ut ut hæc minus odiosa, quam illa de succedendo. & cur minus odiosa.*
14. *Quibus distinctionibus adhibitis respondendum, cum quæritur, an pactum, quo successioni renuntiatur, valeat,*

leat, si renuncians tantum acceperit, quantum ei obventurum fuerat.

1. APud Romanos turpe atque impudens habitum fuit, de hereditate viventis solicitum esse: ob eamque causam pactiones de futura successione, quæ heredipetis captandæ mortis alienæ, & more vulturum cadaver (ut ajunt) expectandi occasionem præbent, ut odiosæ ac periculosæ, legibus civilibus merito improbatę sunt: quales illæ in primis, quę fiunt de hereditate viventis obtinenda: interpretes pacta de succedendo affirmativa vocāt. ut ecce, pactus sum cum Titio, ut ille me, aut ego illum heredem facerem, vel ut ille mihi, ego illi succederem; hæc conventio inutilis est. *l. pactum quod. 15. C. hoc tit. l. 5. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 4. C. de inut. stip.* in tantum ut nec pœna in contrarium promissa peti possit. *l. stipulatio hac. 61. de verb. oblig.* Idque non unam ob causam constitutum est: primum ne turbetur ordo publicus, quo hereditates deferuntur: non deferuntur autem nisi testamento aut lege. *d. l. 5. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. ult. de suis & legit. §. ult. Inst.*

Inst. per quas pers. cuiq. acq. Deinde quia hujuſmodi pactio tollit aut conſtringit libertatem teſtandi, quod leges noſtræ averſantur. *l.1.C.de ſacroſ.eccleſ. d.l.15. C. h. t.* Pactio enim revocari nequit. *l.5.C.de obl. & act.* voluntas autem teſtatoris ambulatoria eſſe debet uſque ad vitæ ſupremum exitum *l. 4. de adim. leg.* Tertio quia contra bonos mores eſſe tales pactiones creduntur, ut quæ votum inducant deſiderandę & captandæ mortis alienæ. *d.l. ſtipul. 61. de verb. obl.l.4.C.de inut.ſtip. l. 11. C. de tranſact.*

2. Cumque eædem rationes militent & in pactis reciprocis de ſucceſſione mutua, ne hæc quidem jure noſtro rata eſſe rectè defendit *Goedd.tract. de contr. & committ.ſtip. c. 6. concluſ. 7. n. 82.* contra *Mynſ. 2. obſ. 33. & Gail. 2. obſ. 126.* Atque hoc ſatis perſpicuè elucet ex *l. licet. 19. C. hoc tit.* ubi nominatim etiam mutua hujuſmodi pacta improbantur exceptis militum ad diſcrimē prælii pergentium, ἐπὶ παράταξιν ἐξιόντων *Baſ.h.t.c.60.* in quo jus ſingulare, quod ad conſequentias trahi non oportet. *l.14.& ſeq.de leg.* Et tamē ne hoc quidem caſu pacta commilitonum περὶ ἀλληλοκληρονομίας valent in vim pacti, ſed

in

in vim ultimæ voluntatis ac reciprocæ institutionis, ut pro arbitrio paciscentium revocari queant, sicut rectè docet *Cyn. in l. ult. C. hoc tit. n. 19. & DD. comm. d. l. licet. 19. C. eod. add. Boer. decis. 204. n. 14. & seq.* Itaque pacta illa reciproca de succedendo inter conjuges, facta in dotalibus instrumentis, quæ hodie plerisque locis recepta, non tam sustinentur auctoritate juris, quam vi consuetudinis aut legis municipalis. Et quoniam istiusmodi pacta liberam testandi potestatem constringunt, votumque inducunt captandæ mortis, atque ideo bonis moribus contraria esse dicuntur, ob hanc causam nec statuto nec jurejurando ea confirmari posse plerique tradiderunt. *Borcholt. tract. de pact. c. 5. n. 66. & seqq. Gail. 2. obs. 125. Sichard. in l. 3. n. 3. C. de collat. Fachin. 8. contr. 72. & ibi alleg.* qua tamen in re vix est, ut iis simpliciter assentiri queam.

3. Etenim si seposita juris civilis auctoritate ex ratione juris naturæ aut gentium rem æstimare velimus, non sunt talia pacta naturâ turpia, sed more civitatis Romanæ, sive, ut Cujacius *in l. 26. de verb. oblig.* sunt contra bonos

mores

mores populi Romani. Nam primo naturâ turpe non esse libertatem coërcere testandi ex eo patet, quod multis etiam è repub. visum est, nimiam testandi licentiam præcidere, utique hactenus, ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quinetiam Bodinus *lib.5. de repub.c.2.* auctor est, solis Atheniensibus usurpatam fuisse infinitam illam legandi licentiam, eamque ab his acceptam Decemviros in duodecim tabulas retulisse: Cæterarum autem gentium unam legem fuisse, ne prædia testamento legare liceret; eoque jure adhuc Polonos, Danos, Suecos aliosque populos uti. Sed & apud gentes quasdam nullus omnino testamentorum usus fuit, ut apud Germanos, teste Tacito *de morib.Germ.* ac ne nunc quidem testamenti faciendi jus obtinet in Geldria & diœcesi Trajectina, locis Bataviæ nostræ finitimis. Ut proinde liberæ istius facultatis testandi non usque adeo magna ratio habenda videatur, præsertim quod ad eas personas attinet, quibus alias debetur hereditas. Sed & Imperator Leo, qui ob singularem sapientiam Philosophus appellatus est, apertè *d. l. pactum quod. C. hoc tit.* ut ini-

iniquam damnat & abrogat, eo quod statuat ἐναντία τῆς φυσικῆς παρὰ γονέων τέκνοις ὀφειλομένης ἰσονομίας, ἀδικίας δὲ θύραν ἀνοίγει κατὰ τοῦ παιδὸς τῷ πατρί, &c. *contraria naturali, quæ à patribus liberis debetur, æquabilitati, patrique adversus filium ad iniquitatem fenestram aperiat*: Atque hanc Leonis constitutionem, qua abrogatur *d. l. pactum quod.* Gallorum moribus receptam esse testatur Cuiac. in *l. 26. de verb. oblig.* Altera illa ratio, quod hujusmodi pacta inducant votum captandæ mortis, & consequenter peccandi præbeant occasionem, neque certa est, neque necessaria. Quorundam vero hominum improbitas impedire non debet, quominus id quod in se nullam iniquitatem aut turpitudinem continet, jure publico fieri permittatur. Et alioqui eadem ratione nec bonorum omnium donatio retento usufructu. *l. si quis argentum. 35. §. sed siquidem. 5. C. de donat.* nec pupillaris substitutio in iisdem tabulis scripta, quibus pater sibi heredem instituit. *§. sin autem. 3. Inst. de pupill. substit.* nec mortis causa donationes, nec denique heredis palam facta nuncupatio permittenda fuerit:

rit: quæ tamen omnia jure civili permissa sunt; & haud dubiè ideo, quia certum & constans votum captandæ mortis non inducunt.

4. Nec movet *l. 29. §. 2. de donat.* ubi Papinianus satis aperte indicat, paciscentes de hereditate viventis adversus bonos mores & jus gentium facere & festinare. Nam in hoc genus disputationibus non auctoritate, sed ratione certandum est: & solent Jurisconsulti Romani etiam id appellare jus gentium, quod à lege civili vim accepit, non solius populi Romani, sed aliarum quoque circa nationum; quod tamen cum non sit pars illius juris communis, quod proprie jus gentium dicitur, sed ad cujusque populi indolem accommodatum sit, ab uno populo aliis inconsultis mutari potest, ut multis ostendit *Grot. lib. 2. de jur. bell. & pac. c.8. & lib. 3. c. 6. & seqq.*

5. In Germania valent pacta, ut vocant, fraternitatum de mutua successione inter Principes, aut alias illustres personas: item pacta de unione prolium. de quibus *Gail. 2. obs. 125. & 127.* Quibusdam in locis etiam pactis dotalibus super hereditate vel tota, vel

pro

pro parte ita mutuo diſponitur, ut ea diſputatio altera parte invita aut ignorante revocari nequeat. *conſtit. Palatin. tit. 5. von teſtamenten und letſten willen.* apud alios ita, ut tamen alter inſcio aut invito altero diſpoſitionem mutare poſſit: rata autem maneat, ſi mutata non fuerit. *Sichard. in l. 3. C. de collat. Mynſ. 2. obſ. 33. Boër. deciſ. 204. n. 16. VVeſenb. conſ. 63. in fin.* Quæ autem natura turpia ſunt, & honeſtati contraria, ea ſemper & ubique turpia ſunt, ſaltem apud gentes moratiores, & bene ſecundum naturam ſe habentes. Apud nos etiam pactum dotale, quo parens, qui alteri ſuperſtes erit, ad ſucceſſionem ultimi ex liberis defuncti vocatur, ſubſiſtit, tametſi lex patria parentem ſuperſtitem ab hereditate liberorum ſecludat. *Neoſtad. rer. judic. 2.* Et quamvis non ob id vero pacto dentur hereditates, cum pacto datum actionis jure exigi poſſit; hereditates autem pacto datæ nullam actionem pariant, ſed unius voluntate revocari queant, & hoc tantum pactis ſponſalitiis agatur, ut contrahentium ſinguli ſibi liberiſque ſuis jus ſuccedendi ab inteſtato eligant, vel novum, ſi velint,

con-

constituant: lege tamen caveri honestè potest, ut ne liceat talia pacta invito aut ignorante altero revocare. Imò non satis honestè facere videtur, qui illa clam altero revocat citra gravem causam.

6. Ex quibus omnibus effici videtur, posse jure publico constitui, ut etiam pactis hereditas detur, si non simpliciter & absolutè; utique tamen multis casibus, veluti inter virum & uxorem, inter fratres & sorores, cæterasque personas, quæ alias jure legitimo aut honorario ad successionem venturæ sunt. Forte & morum populi innocentia spectanda, in quem ob id sinistra illa suspicio non facile cadat. Unde Zasius dicebat, ea quæ de voto captandæ mortis proferuntur, Italis esse relinquenda. *consil. 1. n. 38. lib. 2.* quod si statuto, (utique quod legis vim habet) induci potest, ut pacto detur hereditas, poterit & juramento talis pactio confirmari, ratumque id jusjurandum erit jure canonico, quia servari potest sine dispendio salutis, per ea, quæ *cap. præced. Bald. in. c. 1. §. moribus. si de feud. def. content. sit int. dom. & agn. vas. Decius cons. 516. n. 5. & cons.*

conſ. 656. n. 12. Cravett. conſ. 139. n. 8. Iohan. Ramat. in c. quamvis. ext. de pact. in 6. n. 17. & ſeq. Menoch. conſ. 1. n. 168. Pacti affirmativi de ſuccedendo ſpeciem faciunt & pactionem de hereditate tertii: cæterum minus rectè. Nam tali pacto non agitur de ſuccedendo, neque ex eo peti aut vindicari poteſt hereditas: ſed nihil aliud eſt, quam conventio de communicanda aut dividenda hereditate obventura.

7. Et ſiquidem tale pactum generaliter conceptum fuerit, nullius certi hominis deſignata hereditate, veluti ſi inter duos ita coita ſit ſocietas, ut ſi qua hereditas alterutri obvenerit, ea communis ſit, placet conventionem valere. *l. 3. §. 2. pro ſoc.* Ratio eſt, quoniam cum in genere de incerti hominis hereditate obventura paciſcimur, caret illa conventio omnibus illis incommodis, ob quæ diximus pacta de hereditate viventis jure noſtro improbari.

8. Si verò is tertius, de cujus hereditate agitur, certus ſit, puta ſi duo paciſcantur de hereditate Titii, quam forte jure legitimo ſibi obventuram ſperant, talis quoque conventio inutilis eſt, eamque diſerte improbat Juſtinia-

ſtinianus, propterea quod incivile & contra bonos mores ſit, viventis hominis bona in ſortem & diviſionem vocari, atque ita quaſi mortem ejus voto & ſpe præcipere. *l. ult. C. hoc tit.* addit tamen temperamentum aliquod, nempe ut ita non valeat ſuperior pactio, niſi is, de cujus bonis agitur, conſentiat, & in ea voluntate ad extremum uſque vitæ ſpatium perſeveret, quo caſu hujuſmodi pactionem vult ratam haberi. Non exigit, ut in ipſo inſtanti, quo fit iſta conventio, conſenſus hic interveniat: & ideo licet ab initio tale pactum factum ſit inſcio illo tertio, de cujus hereditate agitur, ſi tamen is certior factus poſtea conſenſerit, in eaque voluntate perſeveraverit, puto pactionem confirmari. Et quid refert, an tunc, an poſt vel ante conſenſus intervenerit, ut nulla conſentienti injuria fieri intelligatur? *Ant. Fab. Cod. ſuo for. hoc tit. defin. 10.* diſſentit tamen Jul. Pacius in *d. l. ult.* ſed levi argumento, quod cuivis promptum ſolvere.

9. Huic autem ſententiæ, quod non valet pactio de hominis certi hereditate, objicitur *l. 2. §. 2. de her. vel act. vend.* ubi

ubi Ulpianus scribit substitutum impuberis rectè vendere hereditatem impuberis, & maxime si ea jam delata sit. Ergo valet ea venditio, sive jam impuberis hereditas delata sit, sive non sit: ex quo effici videtur, valere venditionem hereditatis impuberis etiam adhuc viventis. Respondent nonnulli particulam *maximè*, quæ nota est collationis, in *d. l. 2. §. 2.* positam esse pro *utique*, quæ nota est καθολικῆς, ut hic sit sensus, valere venditionem hereditatis impuberis, cæterum ita, si jam delata sit, hoc est, si impubes jam mortuus sit. *Bronch. cent. 1. assert. 30. Diod. Tulden. Cod. de pact. n. 6.* Sed non est necesse, ut ad hanc responsionem confugiamus. imo falsum est non posse vendi hereditatem, nisi quæ delata sit. Potest enim vendi & quæ nondum delata est, puta si vendatur pendente conditione, sub qua venditor heres institutus est, & in specie *d. l. 2. §. 2.* substitutus est impuberi: Cæterum ita, dum sit hereditas, si testator aut impubes jam mortuus sit: nam viventis nulla est hereditas. *l. 1. de her. vend. facit l. & uni. 21. §. 4. hoc tit. l. 1. l. cum proponas. 16. C. eod. add. c. praced.*
Unde

Unde apparet vitiosam esse hanc collectionem, pacisci licet etiam de hereditate nondum delata, ergo & de hereditate viventis. Ita & Iul. Pacius ad *l. ult. C. hoc tit.*

10. Objici solet & quod scriptum est in *§. ult. Inst. de leg. agn. success.* patrem, qui liberos ex pacto fiduciæ sibi remancipatos manumittit, ex eo consequi, ut legitimam eorum successionem obtineat. Sed hoc non eam habet significationem, quasi pater ea lege emanciparet liberos, ut ipsis succederet: sed cum in emancipatione liberi manciparentur alii, atque ita traderentur in imaginariam quandam servitutem. *l. 3. §. 1. de cap. min. §. præterea. 6. Inst. quib. mod. jus pat. pot. solv.* ne in ea servitute manerent, mancipabantur contracta fiducia, id est, ea lege, ut patri ab emptore imaginario remanciparentur, quo ipse deinde eos manumitteret: quæ conventio ad potestatem liberorum, non ad eorum hereditatem obtinendam pertinuit. Quanquam si ex lege fiduciæ sibi remancipatos pater manumisisset, in eorum bonis jus legitimæ successionis nanciscebatur. *d. §. Inst. de legit. agn. success.*

11. Qui-

11. Quidam existimaverunt, etsi hereditas pactis dari non potest, posse tamen pactis conservari. *arg. l. non aliter. 18. cum seqq. de adopt. l. quidam. 132. de verb. oblig. cum similib. Sichard. in authent. non licet. C. de lib. prat. n. 18. Gœdd. de contr. stip. concl. 6. n. 88. Bart. in l. ult. C. hoc tit.* quod & ipsum tamen verum non esse bene post *Bologn. in d. l. ult. n. 93.* ostendit *Tim. Fab. anniversf. disp. 21. 1.* quia ut filius à patre naturali in adoptionem extraneæ personæ datus jura sui heredis apud patrem naturalem retineret, lege opus fuit. *l. pen. C. de adopt. §. sed ea omnia. 14. Inst. de her. qua ab int. def. 2.* quia nec filius, quem pater emancipat, retinere sibi potest jus legitimæ successionis in bonis patris, nec agnati in facultatibus emancipati, nec pater filio, quem dat in adoptionem. *d. l. pen. C. de adopt. d. §. sed ea. 14. & §. emancipati. 9. Inst. de her. qua ab int. 3.* Quia nemo potest libertatem de supremis judiciis constringere, vel cognatum ulteriorem proximioribus paciscendo præferre. *l. cum duobus. 52. §. idem respondit. 9. pro soc.* Sic in specie *l. pactum quod. 15. C. hoc tit.* pacto non potuit pater servare successionem

ſionem filiæ: quemadmodum nec in caſu *d. l. quidam. 132.* verſ. *quare ſic. de verb. obl.* ſed conventio illic propoſita non ad aliud prodeſt, quam ut pœna promiſſa, ſi contra factum ſit, committatur: qui locus proinde non oppugnat, ſed confirmat hanc ſententiam.

12. Similiter non obſtat huic ſententiæ, quod adrogator impuberis tenetur cavere ſervo publico, ſe ſi intra pubertatem pupillus deceſſerit, reſtiturum ea, quæ ex bonis ejus conſecutus eſt, illis, ad quos ea res pertinet. *l. non aliter. 18. & ſeq. de adopt.* Nam hæc cautio non ad conſervationem juris eorum, ad quos alias res perventura eſſet, pertinet; quippe qui & omiſſa ea idem juris haberent. *l. his verbis. 19. §. 1. d. tit.* ſed ad eorum ſecuritatem. Adveniente denique ea adrogati ætate, quâ teſtamentum facere poſſunt, qui ſui ſunt juris, evaneſcit. *§. 3. Inſt. eod.*

13. Non tantum pactum affirmativum de ſuccedendo, verum etiam negativum de non ſuccedendo jure noſtro improbatur, puta quo quis futuræ ſucceſſioni renuntiat. *l. ult. de ſuis & legit. her. l. 3. C. de collat. c. quamvis. ext.*

hoc tit. in 6. Hoc vero pactum, cum nec libertatem testandi impediat, nec votum inducat captandæ mortis alienæ, longè minus odiosum est, quam superius illud de succedendo: & ideo à statuto robur accipere posse pene extra controversiam est, & jurejurando quoque confirmari Canones expresse voluerunt. *d. c. quamvis.* Tantum ideo improbatum est, quia privatorum cautiones, auctoritate legum, quæ certos duntaxat modos non modo acquirendæ, sed etiam amittendæ hereditatis constituunt, non censentur. *l. ult. de suis & legit.*

14. Quid si is, qui pactus est, tantum acceperit, quantum ei ex hereditate, cui renuntiavit, obventurum fuisset? Adhibenda hîc non una distinctio. Primum interesse puto, utrum is renuntiaverit, qui solummodo jus habet succedendi ab intestato, an qui & jus querendi de inofficioso. Deinde an ille, cujus successioni renuntiatum est, testatus decesserit, an intestatus. Si intestatus non obstante pacto, succedetur ex lege, ut tamen, quod renuntians accepit, reliquis conferatur. *l. 3. C. de coll.* Si vero testatus, cessat potestas legis proxi-

proximo hereditatem deferentis, & illud quæritur, an vi renuntiationis & pacti renuntians à querela excludatur. Tametsi autem hoc quidam simpliciter affirmant, si quantitas accepta exæquet portionem legitimam. *arg. l. 1. §. 3. si à par. quis man.* referre tamen hîc arbitror, quo titulo quid datum acceptumque sit; & præterea distinguendum inter jus vetus & novum. Jure veteri quod mortis causa donatum erat, quamvis filio, & nulla interveniente renuntiatione, id imputabatur in legitimam, & querelam excludebat. *l. 8. §. si quis mortis. 6. de inoff. test.* quod autem inter vivos donabatur non aliter, quam si ea contemplatione donaretur, ut in quartam haberetur. *l. si non. 25. d. tit.* Jure autem novo ne pactum quidem renuntiatorium obstat filio. *l. si quando. 35. §. 1. C. de inoff. testam.* multoque minus jure novissimo, quo liberi legitimam habere debent titulo institutionis. *Nov. 115. c. 3.* Ad hunc ferme modum hæc explicat & *Bachov. ad Treutl. disp. hoc tit. thes. 8.* ubi etiam observandum notat, quod in specie *d. l. 1. §. 3. si à par. quis man.* pater non ipso jure, sed beneficio exceptionis ex-

cluditur: licet ibi non de querela inofficiosi, sed bonorum possessione contra tabulas agatur.

CAP. XX.

De pactorum cæterarumque conventionum interpretatione.

1. *In omnibus negotiis, etiamsi verborum aliqua sit ambiguitas, primum spectandum esse, id quod actum est: atque ejus sententiam inspici, qui sermonem protulit.*
2. *Si non apparet, quid actum sit, id accipi debere, quod est verisimilius & rei gerendæ aptius, aut quod plerunque fieri solet.*
3. *Si ne illud quidem appareat, in dubio sequendum quod minus est, quod noceat ei, qui loqui potuit apertius.*
4. *Pactionem obscuram vel ambiguam non tantum venditori, locatori, stipulatori nocere: verum etiam emptori, conductori, promissori, si ipsi legem obscuram dixerint.*

5. Spe-

5. *Species l. si mihi & Titio. 110. §. 1. de verb. oblig.*
6. *Respondetur ad l. in lege: 29. locat.*
7. *In judiciis orationem ambiguam pro actore interpretamur.*
8. *Redditur diversi hujus juris ratio.*
9. *Locus Vlpiani in l. 5. §. ult. de rei vind. expositus.*

1. IN omnibus negotiis, etiamsi re constent, primum inspicienda est paciscentium & contrahentium voluntas, atque id quod actum est, pro cauto habendum. *l. semper. 34. de reg. jur. l. 3. de reb. cred.* & quamvis verborum aliqua sit ambiguitas, id tamen ante omnia spectari oportet, quod cogitatum taciteque actum est, *l. ubi. 21. l. cum in testamento. 24. de reb. dub. l. in lege. 77. de contr. empt.* Nam qui ambigue loquitur, id loqui intelligitur, quod ex his, quæ significantur, eum sensisse credibile est. *l. Nepos Proculo. 125. de verb. sign.* in quo placet ejus sententiam & affectionem maxime spectari, qui sermonem protulit, τȣ͂ ἀφηγησαμένȣ *l. in ambiguis. 96. l. rapienda. 168. §. 1. de reg. jur. l. 3. de reb. dub.* Atque hîc habet locum, quod dici solet, unum-

quemque esse interpretem suorum verborum. Exempli causa, si quis triticum sibi dari stipulatus sit sine adjectione mensuræ, hæc quidem stipulatio imperfecta est. *l. ita stipulatus. 115. de verb. oblig.* cæterum si forte ex tractatu prius habito appareat, de certi generis certæque quantitatis tritico cogitatum & actum esse, id pro expresso habebitur. *l. triticum. 94. eod.* Nec obstat *l. quidquid. 99. eod.* quoniam ille textus tunc demum locum habet, quando non apparet, quid actum sit. Semper enim, etiam in stipulationibus, quod actum est, in primis attendi debet. *l. semper. 34. de reg. jur.* Aliud exemplum suppeditat *l. qui cum tutoribus. 9. §. ult. de transact.*

2. In dubio autem si non apparet, quid actum vel cogitatum sit, commodissimum est id accipi, quod rei gerendæ est aptius. *l. quoties. 67. de reg. jur.* seu quo res, de qua agitur, magis valeat & in tuto sit, quam pereat. *l. 12. l. ubi. 21. de reb. dub. l. quoties. 80. de verb. oblig.* Omnino autem hîc inspiciendum erit, quod est verisimilius. *l. in obscuris. 114. de reg. jur.* Exempla habemus in *l. si venditor. 38. §. 2. de act. empt. l. in le-*

ge. 29. locat. & elegans in *l. insula. 13. qui pot. inpign.* ubi quod in lege venditionis non aperte dictum est, in dubio pro venditore Jurisconsultus interpretatur; quoniam ex conjecturis verisimile est id in specie illic proposita inter contrahentes actum esse, ut jus pignorum ob pensionem ab inquilino acceptorum ad venditorem primum pertineret, cui prioris anni pensio ex obligatione principali, quam pignus sequitur, accederet. Stipulatus est aliquis intra certum tempus Carthagini sibi dari, cum duæ sint Carthagines. verborum est ambiguitas. Cæterum etsi promissor cogitaverit de una, in quam intra id tempus perveniri non potest, stipulator autem de altera, stipulatoris potius accipietur sententia, quoniam rei gerendæ aptior est: & alioqui res contracta tuto in loco esse non potest. *l. ubi. 21. de reb. dub.* Eadem ratione, ut res magis valeat, quam pereat, in hac specie, cum tabernam debitor creditori pignori dederit, & quæsitum esset, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligasse videatur, Scævola respondit, ea quæ mortis

debitoris tempore in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videri. *l. pen. de pign.* Hoc enim inter contrahentes potius actum fuisse versimile est. Sequemur autem in hujusmodi negotiis id quod in regione, in qua actum est, frequentatur, aut τὸ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον γινόμενον. *Harmenop. lib. 1. tit. 15. §. 15.* quod plerumque fieri solet. *l. semper. 34. l. in obscuris. 144. de reg. jur.* Exempla in *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. de ædil. edict. l. quæ conditio. 39. §. 1. de cond. & dem. l. si pactum. 9. de probat.*

3. Quod si ne id quidem appareat, locus erit regulæ Ulpiani in *l. 9. de reg. jur.* atque in dubio sequemur, quod minus est. Idque non in conventionibus tantum & contractibus observatur. *l. inter. 83. §. 3. l. quicquid. 99. de verb. obl. l. ult. de præt. stipul.* verum etiam in aliis causis, puta in irrogatione pœnarum. *l. si præses. 32. l. interpretatione. 42. de pœn.* in diversis judicum sententiis. *l. inter pares. 38. §. 1. de re jud. l. diem proferre. 27. §. 3. de rec. arbitr.* in testamentis. *l. cum servus. 39. §. scio. 6. de legat. 1. l. Sempronius. 47. de legat. 2. l. qui concubinam. 29. §. 1. l. nummis. 75. eod. 3.* Ex ejusdem regulæ ratione

ne est, quod veteres probaverunt ; in ambigua vel obscura oratione id accipi oportere, quod noceat ei, cui liberum fuit re integra loqui apertius, & verba latius concipere.

4. Et Papinianus quidem respondit, veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguam venditori & qui locavit, nocere; utpote in quorum potestate fuerit, legem apertius conscribere. *l. veteribus. 39. hoc tit.* ut & Paulus *l. in contrahenda. 172. de reg. jur.* Et Celsus, cum quæritur in stipulatione quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda esse ait; quia stipulatori liberum fuit verba latè concipere. *l. quidquid. 99. de verb. obl. l. cum quæritur. 26. de reb. dub.* Quibus etiam hæ Græcorum regulæ *lib. 11. Basil.* & apud Harmen. *lib. 1. tit. 15.* conveniunt; ἐν τοῖς ἀμφιβόλοις τὴν ἐπερώτησιν κατὰ τοῦ ἐπερωτήσαντος ἑρμηνεύομεν. item, τὸ ἀσαφὲς ἢ ἀμφίβολον σύμφωνον κατὰ τοῦ πράτου καὶ τοῦ μισθώσαντός ἐστιν. Cæterum id ipsum quoque & in emptore & conductore, & promissore similiter admitti debet, si & ipsi legem obscuram dixerint, nec appareat, quid inter contrahentes actum sit. Etenim vel ipsa

naturalis ratio docet*, unumquemque contrahentium sibi imputare suæque imprudentiæ expensum ferre debere, quod non apertius locutus fuerit. Merito itaque Paulus pactum emptioni appositum secundum venditorem, contra emptorem, qui legem contractui dixerat, minusque apertè locutus fuerat, interpretatur in specie *l. si in emptione. 34. pr. de contr. empt.* item Marcellus in *l. comprehensum. 60. eod.* Sed & Celsus in *d. l. quidquid. 99. de verb. oblig.* postquam de stipulatore verba fecit, statim subjicit de promissore in eandem sententiam, *Nec rursum promissor ferendus est, si ejus intererit, de certis potius vasis fortè aut hominibus actum esse.* quod valde circa hanc quæstionem considerandum arbitror. quoniam autem plerumque à venditore, locatore, stipulatore pactum interponitur & lex contractui dicitur, inde est, quod contra eos pactionem obscuram vel ambiguam exponi auctores nostri tradiderunt.

5. Quod si quis nunc quærat, cur Pomponius in *l. si mihi & Titio. 113. §. 1. de verb. obligat.* respondeat, non quid senserit promissor, æstimari debere,

bere, sed stipulantis mentem spectandam esse. Dicam id ea ratione fieri, quia in casu illic proposito mens stipulantis cum rei veritate omnino congruat, & cum ipso loquendi usu, à quo mens promissoris aliena sit. Denique non esse ibi orationem ambiguam, nec tam contra promissorem ex mente stipulantis, quam ex re ipsa fieri æstimationem.

6. Similiter non obstat responsum Alfeni in *l. in lege. 29. locat.* Nam in dubio semper prius inspiciendum, quod verisimile est inter contrahentes actum esse, ut ante diximus: ait autem Alfenus hoc potius locatorem videri voluisse. Quod si quis propius rem animadvertat, reperiet vix ullam in verbis legi contractus à locatore appositis ambiguitatem inesse: verum ea cum aut latè aut strictè sumi possint, latè potius ac generaliter accipienda esse Jurisconsultus ait; nempe ne superfluo adjecta pacto videatur illa clausula, *neve finito*: cum etsi ea adjecta non esset conductor sylvæ doli vel culpæ nomine teneretur, si quem urentem, cædentem &c. deprehendens, non prohibuisset, ut notum est. ad hunc

ferme

ferme modum & Iul. Pacius *cent. 2. quæst. 7.* Hæc autem ita observantur in conventionibus & contrahendis negotiis, cum in dubio est, quid senserint, quid egerint paciscentes aut contrahentes.

7. In judiciis verò & actionibus exercendis aliud obtinet. quippe in quibus, si quæratur, quid actum sit, orationem ambiguam pro actore interpretamur. In contrahenda venditione, ait Paulus, ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est: ambigua autem intentio ita accipienda est, ut res salva actori sit. *l. in contrahenda. 172. de reg. jur.* Cujus regulæ partem posteriorem Harmenopolus *ubi supra* sic interpretatur, ἡ δὲ ἀμφίβολος ἀγωγὴ τὸ πρᾶγμα τοῦ ἐνάγοντος οὐ καταβλάπτει. Id est, *ambigua verò actio rem actoris non lædit.* In eandem sententiam Ulpianus *l. si quis. 66. de judic. si quis*, inquit, *intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei est, accipiendum est.* quod à Græcis in *Basilic.* ita redditum, ἡ ἀμφίβολος ἀγωγὴ καὶ ἀφήγησις ὑπὲρ τοῦ ποιήσαντος αὐτὴν ἑρμηνεύεται). Nec mirum, cum non tantum actionem editam declarare, sed

etiam

etiam emendare, & mutare quoque actori liceat. *l. 3. C. de edend.*

8. Finge igitur Stichum judicio petitum esse, cum ejusdem nominis plures servi essent apud debitorem: is petitus videbitur, de quo actor senserit. At si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum videri poterit. *l. inter stipulantem. 83. §. 1. de verb. oblig.* ubi Paulus hujus differentiæ hanc esse rationem scribit, quod stipulatio ex utriusque consensu valet: judicium autem etiam in invitum redditur; & ideo actori potius credendum esse: alioquin semper negaturum reum se consensisse. Nimirum cum nulla sine consensu utriusque obligatio ex contractu oriri queat. *l. 1. §. 3. hoc tit. l. in omnibus. 55. de oblig. & act.* ideo in contrahenda obligatione non valet, quod actum est, si error aut dissensus eorum, qui contrahunt, intervenerit in rei, de qua agitur, corpore. *l. in venditionibus. 9. de contr. empt. l. continuus. 137. pr. de verb. oblig. §. si de alia. 22. Inst. de inut. stipul.* Judicium verò propter dissensum actoris & rei non fit irritum, contraria videlicet ratione, quia hic utriusque consensus non requi-

requiritur, sed in invitum quoque judicia redduntur. Sequimur autem hìc id, quod apparet actorem, qui ambigua oratione usus est, sensisse, quod ei utilius est, non quod senserit reus, ne alias eludendi judicii reo præbeatur occasio seu, ut Græci, ἵνα μὴ τὸ δικαστήριον ἀσύστατον ἀπομένῃ, *ne judicium incertum & confusum reddatur*, nempe tergiversatione rei. Pertinet huc locus Demosthenis orat. κατὰ Στεφάνου ψευδομαρτυριῶν α. ubi judices alloquens, jurasse eos ait, se judicaturos non de iis, quæ reus vellet, sed de iis, de quibus actio esset instituta. hanc autem necesse esse actoris dictione declarari, τῇ τοῦ διώκοντος λήξει δηλοῦσθαι.

9. Non est contrarium, quod apud Ulpianum *l. 5. §. ult. de rei vind.* ex Pomponio relatum est, si plures sint ejusdem nominis servi, puta plures Erotes; nec appareat de quo actum sit, Pomponium dicere nullam fieri condemnationem. Hoc enim tunc procedit, quando non apparet, de quo actor senserit. At cum id saltem apparet, quod actor voluit, tunc quod nos dicimus, procedit, & quod utilius est actori, qui ambiguè locutus est, sequimur. Hæc

paulo

paulo uberius, quam vulgo solet, exposui, ut res tota perfectè cognosceretur.

CAP. XXI.

De effectu & potestate pactorum.

1. *Pacta obligatoria naturalem obligationem pariunt.*
2. *Naturalem obligationem ex pacto natam, nisi personæ qualitas obstet, eandem vim jure civili habere, quam habet obligatio civilis, dempta sola actione.*
3. *Ad agendum & petendum efficacem non esse, nisi pactum lege confirmatum, aut contractui bonæ fidei statim appositum sit, aut placito stipulatio intercesserit.*
4. *Pacto liberatorio obligationem naturalem ipso jure tolli.*
5. *Enodatio l. si unus. 27. §. 2. hoc tit.*
6. *L. qui servum. 34. §. 1. de oblig. & act. explicatur.*
7. *Nuda conventione rebus integris ipso jure dissolvi & obligationes omnes nudi consensus.*

8. Eo-

8. *Eodem modo tolli etiam obligationem pignoris nuda conventione contractam; nec obstare l. 17. §. 2. hoc tit.*
9. *Cæteras obligationes pacto convento non tolli ipso jure, sed ope exceptionis, aut pacti, aut subsidiariæ doli.*
10. *Pacta, quæ aliquid obligationi detrahunt, in continenti contractus facta, prodesse reo ipso jure.*

De vi & effectu pactorum, quæ voce simpliciter prolata passim in jure nostro nuda significantur, multa jam ante à nobis dicta sunt, & dici necesse fuit. Quamobrem hic erimus breviores.

1. Eorum pactorum, quæ ad obligandum comparata sunt, hic effectus est, ut obligationem naturalem producant. *l. 5. §. 2. de solut. l. 3. l. 4. C. de usur.* Nihil enim tam congruum est fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare. *l. 1. pr. hoc tit.* unde Paulus *l. cum amplius. 84. §. 1. de reg. jur.* eum natura debere ait, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

2. Atque hæc naturalis obligatio, nisi personæ obstet qualitas, eandem vim

vim etiam jure civili habet, si unam dempseris actionem, quam naturalis & civilis simul. Ut ecce, potest hoc naturale debitum cum alio quovis compensari. *l. 6. de compens.* non datur ejus licet per errorem soluti repetitio. *l. naturaliter. 13. l. si pœna. 19. de cond. indeb. l. 7. de fidejuss. l. naturales. 10. de obl. & act.* Potest constitui & novari. *l. 1. §. pen. de pecun. constit. l. 1. in fin. de novat.* Potest & pignus & fidejussor huic obligationi accedere. *l. 5. l. 14. §. 1. de pign. l. naturaliter. 13. de cond. ind. §. 1. Inst. de fidejuss. l. 6. l. 7. ff. eod.* & quamvis citra vinculum stipulationis usuræ fœnebris pecuniæ peti non possint, *l. 3. C. de usur.* tamen pacto promissæ servari possunt per retentionem pignoris pro sorte & usuris obligati. *l. 4. l. pignoribus. 22. C. d. tit.*

3. Cæterum talis obligatio, quæ ad agendum & petendum sit efficax, jure nostro ex pacto non nascitur, nisi specialiter lege senatusve consulto, aut à prætore confirmatum sit. *l. 6. l. 17. §. 2. hoc tit.* aut contractui bonæ fidei in continenti appositum, eo quod hujusmodi pacta pars sunt & lacinia atque lex ipsius contractus, sine quibus con-

tra-

tractus initus non fuisset. *l. 7. §. quinimo. 5. eod. l. in bonæ. 13. C. eod. l. 1. §. si convenit. 6. depos. l. contractus. 23. de reg. jur. l. 5. l. ult. C. de pact. int. empt. & vend.* Imo tantum abest, ut nuda pactio actionem pariat, ut etiamsi certis annis, quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, nihilo magis in posterum actio competat, nisi placitis stipulatio intercesserit, ut est rescriptum ab Impp. *l. si certis. 28. C. hoc tit.* Planè enim si placiti servandi causa stipulatio interposita fuerit, dubium non est, quin ex stipulatione agi possit. *l. si pacto. 14. l. petens. 27. C. eod.* Quod si ad pactum accesserit & alia causa, puta si præterea ab uno quid datum aut factum sit, jam quidem certo jure is qui dedit aut fecit, alterum sibi ita obstrictum habet, ut etiam civili aut honoraria actione teneatur: sed jam illa conventio non amplius nuda censetur. *l. 7. §. 2. l. divisionis. 45. l. in traditionibus. 48. hoc tit. l. debitori. 7. & seq. l. legem. 10. l. cum proponas. 21. C. eod.* Neque enim nudum pactum est, quoties certa lege aliquid datum aut factum esse probatur. *l. 8. in fin. l. solent. 15. de præscript. verb.* Sed de his satis dictum est supra *capp. 5. 6. &*

6. & 7. ubi item notatum est, aliarum omnium gentium moribus non minus ex pacto, quantumvis nudo, dummodo serio, quam jure Romanorum ex stipulatione, actionem datam fuisse; quod & jure Canonico disertè cautum sit. *c. 1. & 3. ext. hoc tit.* & disciplina horum temporum sequatur.

4. Sicut autem pactum obligatorium naturalem obligationem producit, ita ex contrario pactum liberatorium naturalem obligationem ipso jure tollit. *l. Stichum. §. naturalis. 4. de solut.* Estque hoc consentaneum regulæ traditæ in *l. nihil tam naturale. 35. de reg. jur.* atque obtinet etiam, quamvis non ex conventione, sed alia ex causa obligatio naturalis profecta est: quoniam vinculum æquitatis, quo solo sustinetur, conventionis æquitate dissolvitur, ut disputat Papinianus *d. l. Stichum. §. 4. de solut.*

5. Non adversatur huic sententiæ, quod Paulus *l. si unus. 27. §. 2. hoc tit.* respondet, prius pactum non elidi per posterius ipso jure, sed opus esse replicatione: quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo exceptio

ceptio jure prætorio quæsita erat, per posterius pactum elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur. Quod obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, ei consequens videri poterat, etiam pacti hanc esse vim, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Cæterum hoc minimè sequitur: nam cum non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc teneat, fieri nequit, ut exceptio debitori pacto quæsita posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit. Atque hoc significat Jurisconsultus in *d. l. si unus. 27. §. 2. hoc tit.* cum ait in pactis factum versari. Ait prius pactum per posterius ope replicationis elidi, non ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est; addita hac ratione, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur. Id est, ut ego interpretor, quia stipulationes ipso jure vim suam exercent, eo quod his inest auctoritas juris: pacta autem auxilio prætoris egent, & sine

ſine jure ex ſolo conventu ſervantur. Itaque quatenus pactum prius tuitione prætoris juvatur, hactenus quoque auctoritate prætoris requiritur, ad elidendam exceptionem jure honorario firmam. Hinc eſt, quod quidem etiam pacta nobis proſint ad liberationem ſed facto noſtro, ſi quis initio litis pactum ſit conteſtatus, ejuſque exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim conteſtatio & defenſio, cum in facto rei poſita ſit, rectè dicitur in pactis factum ad liberationem verſari: eademque hîc exceptionis & replicationis ratio eſt. In ſtipulationibus autẽ jus continetur, id eſt, per ſtipulationem novantem, per ſtipulationem Aquilianam, eamque ſecutam acceptilationem hoc aſſequimur, ut ipſo jure liberemur, non facto aliquo noſtro, id eſt, non defenſionis conteſtatione, aut exſtipulationis exceptione & objectione.

6. Atque huc pertinet, quod idem Juriſconſultus in *l. qui ſervum. 34. 1. de obl. & act.* ſcribit, eum qui rem ſibi commodatam ſurripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, ſed alteram actionem per alteram perimi aut ipſo jure aut per excep-

ceptionem. Significat enim cum quis ipso jure liberatus est, posse eum tutò negare, se debere, & quamvis exceptionem in judicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se quandoque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, ejus quod præcesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, quod non teneatur; hoc vero, inquit, facere est tutius: quia scilicet dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit ipso jure *add. Cuiac. Bus. & Ant. Fab. ad. d. l. si unus. 27. §. 2. hoc tit. Donell. ad l. 5. C. eod. Borcholt. de pact. c. ult. n. 58. & seqq. Bachov. ad hunc tit. c. de effect. pact. lib.*

7. Præterea ipso jure nuda conventione tolluntur obligationes omnes, quæ nudo consensu contractæ, dummodo rebus integris à contractu abeatur. *l. 7. §. adeo. 6. l. ab emptione. 58. hoc tit. l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend. l. 1. l. 2. C. quand. lic. ab empt. discedere.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt. *l. nihil tam naturale. 35. de reg. jur. l. prout. 80. de*

de solut. Nam etsi hujus generis contractus obligationem quoque civilem, hoc est, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse: tamen quia obligatio ista mero & nudo consensu constat, totaque est ex jure gentium, nihil habens à jure civili præter generalem quandam approbationem, quod extrinsecum quid est, & accidentarium, ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit, in quo actio fundetur. Eadem videlicet ratione, qua nulla superesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit.

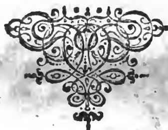
8. Et secundum hæc rectè defenditur, etiam obligationem pignoris, quæ jure prætorio nuda conventione constituitur. *l. 1. de pign. act.* contraria eaque nuda conventione ipso jure dissolvi: licet obstare videatur, quod à Paulo traditur *l. si tibi. 17. §. 2. hoc tit.* de pignore ex pacto jure honorario actionem nasci: tolli autem per exceptionem, quoties paciscor, ne petam. Nam bene à Negusantio *tract. de pign. part. 6. memb.*

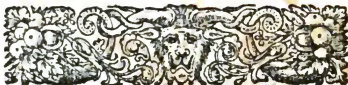
memb 3.n.3. & à Bachovio *lib. 5. de pign. c. 6.* observatum est, loqui Jurisconsultum de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directò tendit ad dissolutionem pignoris.

9. Cæteræ obligationes pacto liberatorio de non petendo, non ipso jure, sed ope exceptionis tolluntur, ut passim *hoc tit.* & alibi. inter quæ quid intersit, ex iis, quæ modo dicta sunt, intelligi potest. Concurrit autem cum exceptione pacti exceptio doli, sicut & cum aliis exceptionibus: dolo enim malo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. *l. 2. §. item quæritur. 4. & §. seq. de dol. mal. except.* Sed & quotiescunque pacti exceptio dari non potest, forte quia personæ, ad quam utilitatem pacti porrigi volumus, exceptio pacti quæri non potuit, aut persona ejus pacto comprehensa non est, toties ad exceptionem doli subsidiariam confugimus.

10. Quæ pacta aliquid obligationi detrahunt, eamve imminuunt, ea si in continenti facta sint, non tantum contractibus bonæ fidei, verum etiam stipulationi insunt, ipsoque jure reo prosunt

ſunt ad liberationem. *l. lecta. 40. de rebus cred.* De furto & injuriis lex duodecim tabularum paciſci permiſit: quam ob cauſam quoque actiones furti & injuriarum per pactum ipſo jure tolluntur. *l. ſi tibi. 17. §. 1. junct. l. 6. l. 7. §. ſi paciſcar. 14. hoc tit.* Nihil autem horum eſt, quin propriis quoque locis ante explicatum ſit, & quidem copioſius.





INDEX rerum & verborum.

A.

F.

G.

H.

I.

Mer-

 Pacta

Pactum

Q.

R.

S.

T.

V.

FINIS.

3



